

NUEVAS FORMAS DE CONTRATACION MERCANTIL¹

Tomás Menchaca Olivares
Profesor de Derecho Económico

INTRODUCCION

La presente exposición tiene por objeto dar una muy somera visión sobre algunos de los nuevos problemas que está enfrentando la empresa, en los umbrales del Siglo XXI, en un mundo que se visualiza cada vez más globalizado e interdependiente, lo cual ha ido creando nuevos problemas, problemas a los cuales el derecho ha debido ir buscando nuevas soluciones.

Por ejemplo, qué puede hacer el empresario ante el fenómeno cada vez más frecuente de las grandes fluctuaciones de los precios externos en la economía, de los cuales tenemos ejemplos recientes, como el problema que sufren hoy los productores de kiwis o de manzanas, no producto de su ineficiencia sino de un hecho absolutamente ajeno a su capacidad empresarial, cual es los bajos precios externos. Siempre se piensa en una solución estatal, como la aplicación de bandas de precios, pero si esa solución estatal no existe, hay y se han creado por el derecho soluciones privadas a este problema. Una de las más novedosas e interesantes, y a mi juicio mejores, consiste en las **operaciones a futuro de productos y monedas**, las que tuvieron su antecedente en las compraventas a futuro. Por ejemplo, si un productor de trigo vende la producción recién sembrada y antes de su cosecha.

Las operaciones a futuro son algo bastante más novedoso. Se trata de una operación financiera que se realiza en una bolsa de comercio mediante las compras y ventas de contratos a futuro y que tiene como contrapartida una operación en el mercado real, por ejemplo, cuando el productor venda su producto, que va a hacer que en definitiva se garantice absolutamente el precio que va a recibir por su mercadería. Si un agricultor siembra trigo y el precio, cuando lo hace, es de 150 dólares la tonelada, él puede asegurarse mediante estas operaciones a futuro que al momento de la venta, en seis meses más, va a obtener 150 dólares la tonelada, ya sea que el precio suba o que el precio baje.

Ante la insuficiencia de la empresa para satisfacer por sí sola problemas cada vez más grandes o emprender obras de muy gran envergadura, se han creado otras solucio-

1 *Charla dictada en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte - Sede Coquimbo, el 26 de julio de 1993. por Don TOMAS MENCHACA OLIVARES, Profesor de Derecho Económico de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo.*

nes por el derecho como son los **Contratos de Colaboración Empresaria**, de los cuales escuchamos hablar todos los días. Recién ayer, salió en el diario la firma de un crédito de un aval sindicado por parte de siete bancos chilenos, para garantizar una operación bastante importante de Chilgener. Una operación que un solo banco no era capaz de solventar, era demasiado grande; se requirió que varias empresas colaboraran para lograr un objetivo común y el lucro de cada una de ellas.

Si una empresa desea expandirse, tiene un proyecto exitoso que ha dado buenos resultados en el mercado, pero no tiene recursos para poner sucursales a lo largo de todo el país o a lo largo de todo el mundo ¿qué puede hacer?. Puede recurrir a contratos comúnmente conocidos como **Franchising o Franquicia** en castellano.

Si una empresa tiene grandes necesidades de financiamiento, tiene copados sus límites de crédito con el sistema financiero, quiere además aprovechar algunas ventajas tributarias, no quiere, por lo tanto, recurrir a un crédito bancario, puede optar a la solución de obtener este financiamiento vía **Leasing**.

He mencionado algunos muy simples ejemplos de nuevos contratos, prácticamente todos creados en el presente siglo y la mayoría en la segunda mitad del mismo, que solucionan diversos problemas que antes probablemente ni siquiera se planteaban al empresario. Precisamente, porque el mundo se va haciendo cada vez más interdependiente, de forma tal que algunos autores hablan de una "aldea mundial", hoy la relación entre un país y otro es cada vez más estrecha y requiere soluciones cada vez más imaginativas. La tradicional solución de la compraventa y la sociedad, muchas veces, ya no es suficiente.

LOS CONTRATOS DE COLABORACION EMPRESARIA:

Los antecedentes de estos contratos se fundan en los antecedentes mismos del derecho y en el derecho de asociación. En los tiempos primitivos, primaba una economía de trueque que no permitía al sujeto económico avanzar de un estadio cultural absolutamente primitivo. Le permitía apenas lograr los objetivos necesarios para subsistir.

Un gran avance se logró en la historia con la creación del dinero, que posibilitó la compraventa, con lo cual se independizan las operaciones de compra y de venta, aumentando el intercambio; es decir, se empieza a visualizar la cooperación entre las diversas personas para el logro de sus fines individuales y sociales, con lo cual se logra una mayor satisfacción de necesidades a un menor costo.

Mucho tiempo después sigue avanzando la historia económica y surge la Sociedad como un medio para unir fuerzas entre diversos agentes económicos, para el logro de un fin lucrativo. En primer lugar, las Sociedades Colectivas, las sociedades de personas, generalmente para constituir empresas pequeñas, y luego aparece, diría que en siglo pasado, con gran fuerza, la Sociedad Anónima, como una forma de aunar grandes sumas de capital con las ventajas de la responsabilidad limitada, y que además, permite que personas que muchas veces ni siquiera se conocen, puedan unirse para el logro de un fin económico común.

La sociedad anónima parecía un mecanismo jurídico adecuado para cubrir los requerimientos de la estructura de la industria y el comercio durante el Siglo XIX y durante las primeras décadas del presente siglo. Después de la 2° Guerra Mundial, diversos fe-

nómenos mostraron que ya no era suficiente esta estructura de sociedad anónima para solucionar todos los problemas jurídicos y económicos y la necesidad de acudir a la agrupación de empresas distintas para el desarrollo de determinados negocios, fenómenos entre los que se cuenta la gran complejidad que van adquiriendo algunos negocios; la actividad transnacional de las empresas que ya dejan de ser pequeñas empresas nacionales y empiezan a ser empresas que cubren buena parte del globo terráqueo; la utilización de tecnología cada vez más avanzada que requiere de la ayuda de quienes la poseen, para poder desarrollar muchos proyectos; las inversiones a veces de grandes dimensiones que no pueden ser solventadas por una sola sociedad, por una sola empresa.

Ya no bastaba una empresa para solucionar sus problemas económicos; a veces para solucionar un problema económico se requería de varias empresas.

Como vemos, tal como en un principio el individuo solo se vio incapaz de satisfacer sus necesidades económicas y debió unirse con otros, primero a través del intercambio, luego a través de la asociación, hoy la empresa se suele sentir incapaz de solucionar por sí sola los cada vez más complejos y grandes desafíos de la economía mundial, y por lo tanto ha debido unirse con otras empresas.

Primero, esto se logró con las denominadas concentraciones económicas de empresas, inicialmente estructuradas como sociedades, sociedades que tendían a integrarse verticalmente en las diversas etapas de producción; horizontalmente para acaparar la totalidad de un mercado, o a veces como un conglomerado ecléctico, como son los grupos económicos, holdings y trusts, tan conocidos por nosotros.

Pero las necesidades del mundo de los negocios impusieron la búsqueda de nuevas estructuras o formas jurídicas, y fueron creciendo, en derecho comparado y en muchísimos países del mundo, diversas formas de agrupaciones y contratos de colaboración empresarial. En la actualidad, fundamentalmente a partir de la segunda mitad de este siglo, estamos viendo una evolución cada vez más grande de estas nuevas formas de unión entre empresas.

Una empresa debe unirse con otras empresas para el logro de objetivos que les son comunes o complementarios, y ello ha dado origen al estudio todavía bastante incipiente en nuestro derecho e incluso a nivel mundial, de nuevas formas jurídicas que se encuadran genéricamente dentro de lo que podríamos denominar contratos de colaboración empresarial. Por ello, con razón, el profesor Fueyo Laneri señala que estos contratos de colaboración empresarial tienen su origen primario en el derecho de asociación. Son una nueva forma asociativa. Ya no sólo se asocian personas sino también se asocian empresas.

Antecedentes en el derecho comparado los hay múltiples.

El denominado contrato de Joint Venture, que tiene sus antecedentes en el derecho anglosajón, es tal vez el más conocido por Uds., y el más antiguo. En tiempos de la Colonia, ya había algunos antecedentes de aventuras en común por diversos empresarios, fundamentalmente para efectuar negocios riesgosos en ultramar, en las Colonias.

En el derecho argentino también tenemos antecedentes bastante recientes: en el año 1983 se dictó la ley 22.903 que creó las denominadas agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas, que pretenden ser formas de colaboración empresarial para el logro de fines comunes. Incluso en China Comunista y en Rusia, a partir del

año 1987, se han dictado diversas normas legales que pretenden regular estos contratos de colaboración empresaria. Si bien es algo bastante nuevo, por su importancia ha sido regulado en diversas legislaciones del mundo. Algunas de las figuras típicas en materia de contratos de colaboración empresaria que podríamos mencionar, son en primer lugar, el joint venture, al cual nos referiremos con más detalle en un momento; las agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas creadas por el derecho argentino a partir del año 83.

Su diferencia fundamental está en que las agrupaciones de colaboración pretenden fines más permanentes. Varias empresas necesitan algo en común que les sirva a todas, lo hacen uniéndose en una de estas agrupaciones de colaboración. por ejemplo, varios agricultores de la zona requieren hacer un tranque en común para regar todos sus fundos. Tienen que unirse jurídicamente en alguna forma para construir ese tranque. El derecho argentino ha concebido esta forma de las agrupaciones de colaboración.

Las uniones transitorias de empresas se distinguen de las anteriores en que se refieren más bien a la realización, por varias empresas, de un negocio particular común. Por ejemplo, una obra de infraestructura, una obra pública, un negocio agrícola, etc. y tienen su origen clarísimo en el contrato de joint venture.

También es un contrato de colaboración empresaria el contrato de franquicia o franchising, el contrato de factory, los denominados contratos de integración vertical, que en Chile se conocen bastante bien, aún cuando nadie los llame por su nombre, pues lo son los contratos que celebran los productores de fruta fresca chilena con las agencias comercializadoras. El agricultor pone su trabajo, su tierra; la agencia comercializadora presta su asesoría, a veces financiamiento, comercializa el producto en el exterior y se queda con una parte de la ganancia. Es decir, diversas etapas productivas se unen para lograr en mejor forma el objetivo que les es común: obtener el mayor beneficio posible cada una de las partes. En el derecho francés están regulados los denominados grupos de interés económico, en el derecho italiano los denominados consorcios, etc. etc. Para hablar de ejemplos algo más novedosos, están los de China Comunista y Rusia. Uds. probablemente habrán escuchado hablar de su apertura al sistema de mercado, de su apertura a Occidente, pues bien, parte de esa apertura se ha logrado gracias a estos denominados contratos de colaboración empresaria. En la China Comunista existe una ley de joint venture que permite a empresarios occidentales invertir en China, en Rusia es algo similar; los empresarios occidentales pueden invertir en Rusia o en China siempre y cuando se asocien para ello con algún local, en virtud de un contrato de joint venture. En Rusia recién el año 87 se reguló esta institución.

¿Qué ocurre en el derecho chileno?

En el derecho chileno la verdad es que no existe absolutamente ninguna regulación, son contratos innominados, muy poco desarrollados, y en que el desarrollo que han tenido ha sido bastante poco acertado, desde un punto de vista jurídico. Me hace recordar en alguna medida de lo que ocurría con la medicina antigua. No sé si Uds. han visto alguna vez, un certificado de defunción del siglo pasado, en que se decía "murió de repente" o "murió de un pasmo". Es algo relativamente parecido a lo que suele ocurrir con este tipo de contratos en Chile. Los contratos, por ejemplo, entre el productor de fruta fresca chilena y el agente comercializador y exportador se suelen denominar contratos de compraventa. La verdad es que efectivamente, hay una compraventa, pero es casi lo menos importante del contrato, hay bastantes otros elementos que están regula-

dos en el contrato y, precisamente por desconocimiento de la institución, no se señalan claramente; otros los llaman contratos de consignación, etc. Es casi como llamar pasmo a un cáncer.

La verdad es que se trata de contratos que alguna aplicación han tenido, pero han sido bastante poco desarrollados por la doctrina y nada desarrollados por la legislación y por lo tanto, las normas que los rigen son las reglas generales del derecho civil y comercial, como a todo contrato innominado y fundamentalmente, la autonomía de la voluntad.

Para explicar a los que no son abogados, digamos que toda persona puede pactar libremente en los contratos lo que se le ocurra, siempre que no sea contrario a la ley, las buenas costumbres, la moral, el orden público. Todo lo demás está, en general, permitido. Las partes pueden pactar en derecho privado prácticamente cualquier cosa. Y dentro de esta autonomía de la voluntad se permite que se celebre este tipo de contratos, sin ningún problema.

No están regulados pero tampoco están prohibidos, obviamente, están regidos por las normas comunes del derecho civil y comercial, por la autonomía de la voluntad, que permite la libertad de pactar prácticamente cualquier cosa, pero con la restricción de que no se atente contra los conceptos de moral, de buena fe y el de impedir el obrar abusivo de una de las partes. Podemos concluir entonces que existe una amplísima libertad para contratar, en materia de contratos de colaboración empresaria, precisamente porque no hay regulación alguna al respecto. Tal vez sería conveniente una cierta regulación para evitar los abusos que suelen producirse, abusos que provienen fundamentalmente de la posición dominante que suele existir en una de las partes respecto a la otra en este tipo de contratos. IANSA suele ser bastante más poderosa que un pequeño productor de remolacha. David del Curto o C. y D. Comercio y Desarrollo, o cualquier otra de estas grandes empresas comercializadoras, suelen ser bastante más poderosas que un pequeño productor de manzanas o de kiwis, entonces es probable que en la negociación contractual pueda haber un abuso de la posición dominante de una de esas partes sobre la otra, y eso en alguna medida podría ser regulado.

Veamos algunos aspectos fundamentales del denominado contrato de Joint Venture o Joint Adventure.

Significa en términos muy simples, aventura conjunta o aventura en común. Hay una aventura, un negocio. Yo no soy capaz de hacerlo solo. El del lado no es capaz de hacerlo solo. Nos juntamos y lo hacemos en común. Eso es todo, no es nada del otro mundo ni nada en lo más mínimo complicado. Es básicamente un contrato de agrupación. Se agrupan diversas empresas, se establece la coparticipación de dos o más sociedades en operaciones, ya sea civiles o comerciales, en las cuales las partes que se agrupan se dividen el trabajo, se dividen las responsabilidades. Eso es lo que podría decirse, en términos muy simples, acerca de lo que es un joint venture. Uno muchas veces ha leído en el diario este concepto y la verdad, es algo bastante más simple de lo que podría parecer. Se trata en definitiva de un método de cooperación entre empresas independientes. Sergio Le Pera, en su libro "Joint Venture y Sociedad" dice, en forma muy simple, que "es todo acuerdo empresario para la realización de un negocio específico con independencia de la forma jurídica que se adopte". Se habla de joint venture cuando hay dos sociedades o empresas que se unen para lograr un objetivo común, objetivo co-

mún que se refiere a un negocio específico. En ese sentido podríamos diferenciarlo, por ejemplo, de las agrupaciones de colaboración del derecho argentino, y asimilarlas más bien a las uniones transitorias de empresas reguladas en dicha legislación.

¿Por qué se justifican estos contratos de Joint Venture?

Muchas veces por exigencias de orden técnico. A veces yo puedo tener un mercado muy conocido pero no tengo las patentes o los conocimientos, el know how necesario para llevar a cabo determinado proyecto o no tengo suficientes recursos. Tengo que unirme con alguien que me pueda proporcionar esos elementos. Yo proporciono a su vez, mi parte. Es muy frecuente este tipo de contrato a nivel internacional, entre varios países. Se unen, por ejemplo, para hacer una obra de ingeniería relativamente compleja, una empresa constructora que se especializa en la parte metalúrgica para hacer la parte de metal, otra especialista en la parte construcciones para hacer la parte de hormigón y tal vez alguna en computación para convertir el edificio, en un edificio inteligente. Se unen diversas empresas con diversas especialidades para lograr un objetivo común. Y como la venta va a ser común, los beneficios van a ser para todos, por lo que todos se benefician con esto. Tal vez a la empresa especialista en metalúrgica, si hubiera hecho sola el proyecto, le hubiera salido tremendamente cara la parte computacional o la parte construcción en hormigón; habría resultado peor el negocio. Esa es una de las razones por las cuales se justifica este tipo de contrato. Razones de contacto también son bastante frecuentes, sobre todo en joint ventures internacionales. Razones de credibilidad hacia el exterior; puede ser conveniente unirse con alguna empresa que tenga una mejor imagen, sea más conocida, más respetable. Razones de cooperación económica en materia de financiamiento; a una empresa sola no le alcanzan sus recursos financieros para un proyecto demasiado grande, se unen varias y así lo pueden hacer. El joint venture internacional también se justifica muchas veces por exigencias del propio país que recibe al inversionista extranjero. Muchas veces el país receptor de inversión extranjera exige como condición, que el inversionista extranjero se una con un nacional, para llevar a cabo un proyecto. Esa es otra justificación de este tipo de contrato y ese es el caso, por ejemplo de las nuevas legislaciones de China Comunista y Rusia. También en los joint ventures internacionales suele plantearse, como razón para celebrar este tipo de contratos, el hecho de que el inversionista extranjero quiere obtener ventajas tributarias o de otro tipo que muchas veces tiene, de acuerdo a la legislación interna de cada país, el nacional, y al unirse con el nacional tal vez las pueda obtener.

Dentro de los joint venture, suele distinguirse entre los Contractual Joint Venture, que es el simple contrato de joint venture, y las Joint Venture Corporation, que es en definitiva una sociedad entre varias sociedades, es muy parecido al consorcio que existe en otras legislaciones pero ¿por qué lo seguimos encuadrando dentro de los contratos de joint venture?. Simplemente, porque la joint venture corporation es una sociedad entre varias empresas que para realizar un negocio específico común se unen en sociedad, pero además, tienen que celebrar un contrato que regule cuales van a ser los aportes de cada parte, es decir, igual tiene que haber un contrato de joint venture.

¿Cuáles son las características fundamentales de este contrato?

Según el profesor Fernando Fueyo Laneri, podríamos decir que la finalidad está limitada a la realización de un negocio jurídico único y no instantáneo. Por ejemplo, la realización de una obra de ingeniería; una siembra, cosecha y comercialización de producto agrícola, etc. Normalmente se refiere a un negocio jurídico único, no instantáneo,

de gran envergadura, y que precisamente por su gran envergadura requiere la participación de varias empresas. Los aportes de las partes suelen ser bastante variados. Uno puede aportar capital, otro puede aportar tecnología, conocimiento de los mercados, prestigio comercial, una marca, etc. Otra característica de estos contratos de joint venture es el objetivo común de los copartícipes. Si estamos en presencia de objetivos contradictorios o excluyentes, no podríamos estar hablando de una aventura en común o un joint venture. El fin de lucro es otra característica de este contrato, el fin de lucro que también tiene que ir acompañado de la participación en las pérdidas, cosa que no suele ocurrir por ejemplo en los contratos entre el productor de fruta fresca y el comercializador. La participación de una de las partes, no debe ser tan predominante para que no se desvirtúe la idea central de este contrato, que es la idea de cooperación, de colaboración o de coparticipación. Si una de las partes manda absolutamente, la verdad es que hará de la otra, a lo más un socio menor, que no va a ser, en ningún caso, un sujeto que participa de una aventura en común. El manejo conjunto es otra característica que deriva de esto, no significa manejo igualitario, pero todas las partes que se agrupan tienen que tener una participación en la gestión. Y esto obviamente implica que se requiere una gran lealtad y confianza entre los diversos copartícipes. He dado un esbozo bastante a grosso modo de esta institución, pero nos sirve a lo menos para saber de que se habla, cuando escuchamos que se va a firmar un contrato de joint venture entre dos o varias empresas.

LA FRANQUICIA O "FRANCHISING".

Dentro de los contratos de colaboración empresarial, aún cuando saliéndonos un poco del tema de los joint venture y de todas las figuras que habíamos señalado, se encuentra también la franquicia, que es fundamentalmente una estrategia de expansión de las empresas, en verdad bastante novedosa y que ha cobrado una fuerza impresionante en el mundo en los últimos años. Tiene sus antecedentes en otros contratos también de colaboración empresarial.

La franquicia, también conocida como franchising, es un contrato de colaboración empresarial de la misma "familia" de algunas figuras bastante más conocidas por Uds., como son la **Representación Comercial**, en que un principal designa una persona en carácter permanente, en una determinada plaza comercial, para que venda sus productos o promueva sus negocios, a cambio del pago de una comisión; la **Agencia**, una institución un poquito más avanzada, más o menos lo mismo, pero con un establecimiento instalado y con la posibilidad de usar la marca del principal; y la **Concesión**, que es en definitiva un contrato que existe cuando los volúmenes de venta son mayores y que implica mayores obligaciones y mayores ventas comerciales para las partes que la representación comercial y la agencia, incluso a veces otorgando exclusividad territorial. Suele ser confundida esta institución con la franquicia. Por ejemplo, en el libro "La Contratación Comercial Moderna", de don Alvaro Puelma Acorsi, se habla del contrato de concesión, distribución o franchising. Yo estimo que son contratos algo distintos, según veremos.

Todas estas figuras contractuales: la representación, la agencia, la concesión y la franquicia, han permitido a las firmas formar redes de ventas, redes de distribución de sus productos sin necesidad de abrir sucursales, sin necesidad de invertir recursos propios, es decir, se expanden por el mundo sin poner un solo peso. Es bastante atractivo,

como comprenderán. Alrededor de la mitad de los bienes y servicios producidos por las grandes empresas comerciales llegan al público por la vía de concesiones, de franquicias, de agencias.

Todas estas figuras son contratos que podríamos denominar normativos o reglamento, puesto que, más que obligaciones para las partes, al suscribirse establecen un reglamento que va a regir las relaciones de las partes en los negocios que en lo sucesivo se celebren, y sólo cuando se celebren estos negocios se van a producir obligaciones directas para las partes. En todos estos contratos estamos en presencia de partes o empresarios absolutamente independientes, que se unen por las expectativas del mutuo beneficio proveniente de la colaboración empresaria.

La franquicia es un contrato que tiene posibilidades de crecimiento futuro enormes. En Chile está recién entrando, pero en los pocos años que lleva ha crecido en forma impresionante. Se presenta como una nueva posibilidad para los comerciantes que, queriendo mantener su independencia, quieren también minimizar los riesgos de dicha independencia, es decir, son independientes pero a la sombra de alguien un poco más poderoso que les dé una cierta protección, la ventaja de una marca conocida, de un know how, de una asistencia técnica permanente.

La institución de la franquicia nació casi simultáneamente en Estados Unidos y en Francia a fines de los años 20; en Estados Unidos con la General Motors y en Francia con Lanos Pinguin. En Estados Unidos empezó a desarrollarse desde esa época en forma bastante fuerte. En Europa recién a partir del año 73, aún cuando desde esa época ha crecido en forma impresionante.

Hay una serie de asociaciones y federaciones de la franquicia y una Universidad de la Franquicia en Europa, hay una Federación Internacional de la Franquicia. En verdad se le ha dado algo de importancia.

El éxito de esta figura de la franquicia ha ido acompañado por la decadencia, que todos hemos visto, del comerciante independiente. Ha ido decayendo el comerciante independiente y han ido ascendiendo las marcas y la imagen de empresa en materia comercial. Antiguamente lo frecuente era comprar todos los bienes en el boliche de la esquina. Actualmente todo el mundo va a alguna tienda conocida; si quiere ir al supermercado, a un supermercado conocido. Si a una casa comercial, a una de marca conocida. Esa es la tendencia comercial. Las pequeñas tiendas de barrio se están acabando. El ejemplo más claro que yo he visto en Chile, es el de Errol's. No sé si Uds. lo conocen. Cuando surgió este invento de los video cassetes surgieron infinidad de pequeñas tiendas de arriendo de estos videos en Santiago, en forma bastante inorgánica y en dos o tres años fueron barridas prácticamente todas, por un sujeto que tenía algo así como 28 años, prácticamente nada de dinero y que desarrolló una idea imaginativa, con una estrategia de venta moderna, copiada de Estados Unidos. En el mundo no era nada novedosa, pero en Chile sí e hizo desaparecer la competencia y también estableció una red de franquicia.

Esta institución de la franquicia es un recurso que potencia la capacidad de expansión de las empresas grandes; una empresa grande se expande muy fácilmente porque puede crear gran cantidad de sucursales que no son realmente sucursales, a través de este sistema de franquicia. El público, el consumidor, está convencido de que cualquiera de estas tiendas es lo mismo. Uno va a Benetton en Santiago y está convencido

que es del mismo señor Benetton de Italia, y no, la verdad es que es de un chileno que tiene la franquicia. Uno va al Mc-Donald's y está convencido que es de la Mc-Donald's pero no, tampoco es de la Mc-Donald's, es de un chileno que obtuvo una franquicia. Uno va a arrendar un auto a Davis o a Hertz, también es de chilenos que tienen la franquicia y así en muchas actividades.

Por lo tanto, potencia la capacidad expansiva de los más grandes, pero al mismo tiempo cumple una función salvadora de los más pequeños, de estos pequeños que están tendiendo a desaparecer; de ese almacén de barrio, de esa pequeña tienda de arriendo de video que están tendiendo a desaparecer, y una de las formas que le quedan para no hacerlo es precisamente convertirse en franquiciado de alguna de las grandes cadenas. Por ejemplo en Santiago se ve el caso de Errol's, que se devoró prácticamente toda la competencia en un tiempo récord. Ahora Carnes Darc está haciendo desaparecer a toda la competencia. Pues bien, una forma de que esto no ocurra es convertirse en franquiciado de Carnes Darc, ¿no es cierto?. Es decir si no puedes contra ellos, úneteles, sería el principio.

Las cifras avalan en forma aplastante esta institución. Según la Federación Internacional de la Franquicia, en Estados Unidos alrededor del 35% de los comercios no franquiciados, fracasan en el primer año de funcionamiento. Esta cifra se reduce al 5% en los comercios franquiciados. En 5 años es más impresionante aún, alrededor del 92% de los comercios no franquiciados fracasan contra cerca del 12% que fracasan entre los franquiciados. La rentabilidad también suele ser alrededor de un 20% mayor, en el caso de las empresas franquiciadas en relación a las sin franquicia. Su importancia es tal que en los Estados Unidos de 7 personas una trabaja en una red de franquicia.

¿Cuál es la característica y objetivo principal de este contrato?

Es la de otorgar a los usuarios, a los consumidores, al público, una atención lo más uniforme posible, con homogeneidad en los productos, en los servicios que se ofrecen en cada uno de los establecimientos miembros de la cadena de franquicia, sin importar el país en que se encuentre. Es decir, Uds. van al Mc-Donald's en Rusia, en Moscú, van al Mc-Donald's en Santiago, o al Mc-Donald's en cualquier parte del mundo y se encuentran más o menos con lo mismo, el servicio, la atención es la misma, los productos son igualmente buenos o malos, según el gusto, en todas partes, etc. Se da una absoluta homogeneidad.

¿Qué se requiere para que estemos en presencia de una franquicia con posibilidades de éxito?

En primer lugar, requisito básico de un contrato de colaboración empresaria, la **independencia jurídica de las partes**. No se trata de sucursales, es algo distinto al sistema de sucursalismo que era el tradicional que tenía la empresa para expandirse.

La **notoriedad de la marca**, claro. Si soy franquiciado de una marca que no conoce nadie y a nadie le interesa; la verdad es que no tendría mucho sentido que yo pagara por ella. Si la marca es notoria podría ser razonable pagar por pertenecer a esta red de franquicia.

También es fundamental, y aquí nos empezamos a separar de la tradicional concesión, es también fundamental la **transmisión de un know how**, de un saber cómo, es decir de toda la estrategia, la forma de venta en el caso del la know how de servicio, la

forma de producción en una franquicia industrial, etc. Toda una estrategia comercial cuidadosamente elaborada, probada con éxito debe ser transferida al franquiciado y por ello se requiere de una estrecha colaboración entre las partes. Son partes independientes, pero que deben colaborar puesto que tienen un objetivo común y es que la red de franquicia tenga éxito, porque si la red tiene éxito, el producto tiene éxito y cada uno de los franquiciados también va a tener éxito.

¿Cuáles son las clases de franquicia?

Desde este punto de vista vamos a analizar solamente una de las diversas clasificaciones, hay diversas, pero hay una que a mi me parece importante y dado lo escaso del tiempo quedaremos sólo en ella, es la que nos permite clasificarla atendida la naturaleza de la actividad que es objeto de la franquicia. Desde este punto de vista podemos concebir la franquicia industrial, la franquicia de producción, de distribución y de servicio.

¿Y qué es Franquicia Industrial?

Partiremos por la menos conocida y la menos común. La franquicia industrial es aquella en que el franquiciador transmite su tecnología y su know how, para que el franquiciado pueda no solamente comercializar los bienes o determinados productos, sino también fabricarlos. Por eso hablamos de franquicia industrial, obviamente cediéndose también el uso de la marca y las patentes respectivas.

Esta institución está aún en pañales a nivel mundial, pero está llamada a crecer. La Universidad Europea de la Franquicia creó hace poco una comisión exclusivamente dedicada al análisis y a la promoción de la franquicia industrial. Ejemplos existen en todo caso. La Coca Cola, por ejemplo, utiliza un sistema de franquicia industrial; manda los concentrados y se producen las bebidas en cada uno de los países miembros, porque saldría demasiado caro transportarla, entonces en cada país se produce y además se comercializa. No basta que se produzca, porque en dicho caso estaríamos hablando de una licencia común y silvestre, y no de una franquicia.

Para que estemos en presencia de una franquicia industrial se debe permitir que el franquiciado produzca determinados bienes y servicios, pero además que los comercialice, y que los comercialice de acuerdo a determinaciones técnicas comerciales, previamente establecidas por el franquiciador, si no, no estaríamos en presencia de una franquicia. Es el caso de Spalding, una tienda de ropa. En Chile existen varias tiendas con el mismo esquema de ventas, el mismo estilo de decoración, que lo que existen en otras partes del mundo, pero la ropa se fabrica en Chile, estamos en presencia de una franquicia industrial por lo tanto. Tanto la producción como la comercialización debe ceñirse a las instrucciones del franquiciador.

En general, la franquicia industrial tiende a multiplicar las unidades de producción en los casos que el transporte hace poco competitivo traer los productos desde su lugar de origen. Traer las botellitas de Coca Cola desde Estados Unidos, puede salir mucho más caro que producirlas en el país, o traer la ropa u otros productos, sale a un más alto costo; puede ser más económico otorgar una franquicia en que se permita producir y comercializar los productos con la marca, con el estilo de venta, con la estrategia de marketing involucrada en cualquier negocio de franquicia. Precisamente el carácter dualista de este contrato nos permite distinguir esta figura de otras muy semejantes que probablemente todos Uds. conocen. Una licencia para producir un determinado bien, con una marca extranjera, no constituye por sí solo una franquicia, se requiere que ade-

más se haya comercializado, y tanto la producción como la comercialización se haga de acuerdo a los patrones y estrategias comerciales y de marketing establecidos por la empresa franquiciadora. La verdad es que en una franquicia industrial se transfiere conocimiento tecnológico, se debe transferir procedimientos y patentes de fabricación, las marcas, los métodos de administración y de gestión de la empresa industrial y también las técnicas de ventas, es decir, es bastante más amplio que una franquicia de las más normalmente conocidas. Se requiere transferir un know how en diversos aspectos; en los aspectos de producción y gestión, de administración de la empresa y también en la comercialización.

Una segunda clase de franquicia, la **Franquicia de Producción**. En ésta, el franquiciador fabrica los productos que se ofertan por la red de franquicia. La mayoría de las veces, la marca del fabricante es la misma que se utiliza en la red de distribución. Un ejemplo que existe en Chile, donde no hay muchos, es el de Benetton. Benetton es una tienda de ropa, existen varios locales, no sé si aquí habrá, pero en Santiago al menos las hay, que son franquiciados de la Benetton italiana. La ropa Benetton se fabrica en Italia por Benetton, la manda a Chile y es distribuida en unas tiendas que cumplen con determinados esquemas de comercialización previamente establecidos por la franquiciadora, es decir, se venden los productos, las vitrinas se adornan y la atención se hace en la forma establecida por el franquiciador. Todo el esquema está previamente establecido y para que sea razonable meterse en una red de franquicia, previamente tiene que haber sido probado con éxito.

La Franquicia de Distribución es la más comúnmente conocida. Es un sistema en que lo que se pretende es la distribución de un bien o de una colección de bienes. El franquiciador selecciona los productos de los fabricantes, los compra y los revende a los franquiciados y éstos últimos usan la marca, el nombre de esta casa comercial prestigiosa. No son casas de franquicia en Chile, así que no vayan a pensar que existen como franquicia, pero podría pensarse por ejemplo en Almacenes París, en Falabella, en Ripley, son tiendas que no producen los bienes que venden, los compran y los venden, pero ya tienen un prestigio como tienda. Tienen un sistema, una imagen de venta determinada, esa imagen podría transferirse a un franquiciado si es que Ripley, por ejemplo, decidiera otorgar una franquicia a un señor que no tiene nada que ver con la sociedad dueña de Ripley, que no sé cual sea, y le permita instalarse aquí en La Serena con una tienda de Ripley con el mismo esquema, los mismos tipos de vitrinas, el mismo tipo de producto, productos que se le compran al franquiciador. Esta sería una franquicia de distribución, que es prácticamente la que con mayor frecuencia se encuentra.

Este tipo de franquicia permite el desarrollo bastante rápido de una red de establecimientos de venta de idéntica apariencia, aparentemente son lo mismo, meras sucursales, aún cuando jurídicamente se trata de intereses absolutamente independientes y distintos, unidos solamente por este contrato de colaboración empresarial denominado contrato de franquicia.

Se establece una red de establecimientos de venta de idéntica apariencia, que distribuyen bajo un rótulo común una gama de productos de acuerdo a una determinada política comercial. Incluye normalmente un contrato de suministro. El franquiciador suministra los productos que van a ser vendidos a cada uno de los franquiciados. Según señala el autor francés Champaux, la concesión liga generalmente a un fabricante con un comerciante distribuidor. El fabricante otorga una concesión a alguien para que le distri-

buya sus productos, para que se los venda. En el caso de la franquicia, se supone necesariamente que el fabricante es a su vez distribuidor, es comercializador y tiene que serlo. ¿Por qué tiene que serlo?. Porque la franquicia que se otorga es precisamente una técnica de ventas probada, y para que sea probada, alguien tiene que haberla probado, el propio fabricante. No puede existir una franquicia sin un éxito probado en un know how, una forma de distribución, de venta, una técnica de marketing para comercializar el producto, etc. Por lo tanto, lo que normalmente se da en la concesión, que un fabricante que no es comercializador le encargue a otro a través de una concesión que comercialice sus productos, no se puede dar en la franquicia, porque en la franquicia el fabricante es comercializador, tiene una técnica de venta o comercialización exitosa y le transfiere toda esa técnica a un franquiciado.

Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir que debe existir un sistema franquiciado, que contiene todo el know how del franquiciador, sobre cómo distribuir, cómo vender, qué estrategia de marketing o de publicidad utilizar. Nada de ello existe en la concesión y por ello podemos distinguir la concesión de la franquicia, aún cuando tengan bastantes semejanzas. La franquicia es una fórmula más moderna, un poco más novedosa que la concesión, y que tiene algunas características adicionales.

La última forma de franquicia que podríamos señalar es la denominada **Franquicia de Servicios**, que es verdaderamente la más original, la que más auténticamente se relaciona con el franchising o franquicia. Aquí el franquiciado más que vender productos, comercializa un conjunto de servicios que han sido diseñados, han sido pensados y han sido definidos por el franquiciador. Este presta un servicio en una determinada forma y esa forma de prestar el servicio, es lo que otorga en la franquicia. No es un producto, es una forma de prestar un servicio. Por ejemplo en materia hotelera, hoteles Holiday Inn es una red de franquicia. Esta clase de franquicia, es tal vez la más etérea, porque no tiene productos concretos y por lo tanto el más permanente; el éxito de este sistema depende del perfeccionamiento del know how transmitido. Tiene que estar permanentemente perfeccionándose, permanentemente dándose muy precisas instrucciones a la red franquiciada para que se sirva exactamente en la misma forma en todas partes. El ejemplo de Mc-Donald's. Mc-Donald's tiene que servir igual y si no sirve igual dejó el franquiciado de pertenecer realmente a la red de franquicia, y la red empieza a desvirtuarse, empieza a perder razón de ser y por lo tanto, probablemente, empezará a tener malos resultados. Hay franquicias de este tipo hoteleras como Holiday Inn; en materia de restaurantes es muy frecuente, Mc-Donald's, Kentucky Fried Chicken, Pizza-Hut, etc. En materia de arrendamiento de autos también se presta un servicio. ¿Cuál es la diferencia entre uno de aquellos sitios donde se arriendan autos y el del lado?. Todos tienen autos probablemente similares, es el servicio lo que suele ser distinto, las garantías que se dan al consumidor, la seguridad proveniente del respaldo de una marca. Precisamente ese servicio distinto con una determinada técnica, es el que se da por el franquiciador al franquiciado por ejemplo en las redes de arrendamiento de autos de Davis o Hertz, que son redes de franquicia.

¿Cuál es el objeto de la Franquicia?.

Estamos hablando de un contrato, tiene que tener un objeto, algo debe ser lo que se entrega a cambio de una remuneración fundamentalmente concebida como royalty, que son los derechos que paga el franquiciado al franquiciador, sea a través de un porcentaje de las ventas, una suma al iniciar el contrato o en cualquier otra forma que se

pacte.

El franquiciado paga al franquiciador a cambio de algo y ¿qué es el algo?. En primer lugar la transmisión de un know how, de un saber hacer, que sea **original**, que sea **probado** y que esté **permanentemente actualizado**. No basta que se le otorgue un know how, que se le diga cómo tiene que organizar sus negocios para que sea exitoso, se le dice además: yo le demuestro que esto es exitoso, porque yo he tenido éxito en varias sucursales más que he puesto a funcionar con este mismo sistema.

Se transmite este know how, que tiene que ser original, probado y actualizado y además se debe otorgar una asistencia técnica. No es cosa de decirle: Ud. tiene que hacerlo en cierta forma y después me lavo las manos y arrégleselas como pueda. Tiene que dársele una asistencia técnica. El franquiciador tiene que dar una asistencia técnica antes de empezar a funcionar el local del franquiciado, durante su puesta en marcha y después de su puesta en marcha; durante todo el tiempo de la duración del contrato tiene que permanentemente estar dándose una completa asesoría técnica de cómo debe hacerse esto. También debe darse la licencia de una marca o nombre comercial, también conocido, probado, que sea notorio y que dé un respaldo al franquiciado, y además suele entregarse al franquiciado una cierta exclusividad, exclusividad que puede ser **territorial**, es decir, se asegura al franquiciado que no se entregará ninguna otra franquicia en determinado territorio, ni tampoco el franquiciador va a vender sus productos, no va a competir en dicho territorio; de **exclusividad de aprovisionamiento**, es decir, se le asegura que se le va a otorgar los productos que va a vender a través de la red franquiciada y a veces también de **distribución**, en el sentido de que el franquiciado se compromete a no distribuir a terceros en dicha zona.

Como hemos visto, el objeto principal del contrato de franquicia son bienes inmateriales, son estrategias, son ideas, son conocimientos, son marcas y patentes, más que bienes materiales.

El contrato de franquicia normalmente va acompañado de una serie de antecedentes, no basta el solo contrato. Normalmente va acompañado de un manual de instrucciones, donde se establece absolutamente todo lo que se debe hacer en cada uno de los casos previstos en el contrato. Se establecen planos de cómo debe distribuirse, de cómo deben hacerse las vitrinas, etc.; manuales de cómo utilizar las diversas técnicas gráficas, los materiales de propaganda, etc. Incluso a veces acompañados de material audiovisual. También se acompaña normalmente un presupuesto a largo plazo, para decir más o menos las posibilidades que el franquiciado tiene, de acuerdo a la experiencia mucho más rica que tiene el franquiciador. El franquiciado en el momento de contratar, no tiene ninguna experiencia en el rubro, y el franquiciador tiene muchísima, y por lo mismo tiene que transmitirle toda esa experiencia. En el fondo, el franquiciado paga fundamentalmente por esa experiencia y por el nombre y prestigio.

EL CONTRATO DE LEASING.

Y he dejado para el final, la más antigua en nuestro derecho de estas nuevas forma de contratación mercantil; el denominado Contrato de Leasing, que es en definitiva un arrendamiento con opción de compra. También es un contrato muy novedoso a nivel mundial y hoy ya constituye un mercado que está bastante desarrollado.

El leasing es una operación en virtud de la cual una persona le entrega a otra, por

un tiempo determinado, una cosa a título de mera tenencia. Se la entrega sin transferir el dominio sobre esa cosa, para qué, para que esta persona use y goce dicha cosa, es decir, lo mismo que se obtiene con un arrendamiento. Por eso se habla de un arrendamiento con opción de compra, a cambio del pago de un precio o renta periódica, idéntica a una renta de arrendamiento, y se entrega además a quien recibe el uso y goce, es decir al arrendatario, una opción, y esta opción es la de comprar el mismo bien al término del plazo del contrato, o también otros derechos o facultades que se pueden establecer en el contrato, entre los cuales los más importantes que se pueden plantear como alternativa, ya sea en forma excluyente o complementaria con lo anterior, son los de otorgar la opción de renovar el uso y goce por un precio predeterminado, es decir, hacer otro contrato de arrendamiento por el valor residual, por un nuevo período, o la obligación de repartir el producto de la venta del bien a un tercero, entre la empresa de leasing y el usuario o arrendatario.

La opción de compra no es un Contrato de Promesa Unilateral como podría pensarse. Uno pensaría: Le dicen, Ud. puede comprar, significa que me promete vender la empresa de leasing. Yo tengo el derecho de decir compro o no compro, pero si yo decido comprar él me prometió vender. No es así. Eso sería una promesa unilateral de celebrar un contrato. Podría pactarse en estos términos, no es nada contrario a la naturaleza del contrato, pero la regla general es que no lo sea. La regla general es que lo que se pacta es, en términos jurídicos, una compraventa condicional y sujeta a la condición meramente potestativa del acreedor de decir quiero comprar, nada más. Es decir, si el arrendatario ejerce la opción y decide comprar, el contrato de compraventa se perfecciona con esa sola opción.

Si fuera una promesa unilateral de celebrar un contrato se adquiriría el derecho de exigir a la contraparte que venda, derecho que tendría que exigirse a través de un juicio. Aquí, como ésta es una opción y no una promesa unilateral, simplemente ejerciendo la opción de comprar y pagando el precio, se perfecciona la compraventa, y yo me quedo con el bien, lo retengo porque nunca ha salido de mi poder, era yo el que lo tenía como arrendatario. Si fuera una promesa unilateral, la empresa de leasing, una vez terminado el plazo podría decir: devuélvame la cosa, yo soy el dueño, si quiere Ud. me obliga a celebrar el contrato, pero mientras tanto me devuelve la cosa. En el contrato de leasing el arrendatario cuando opta por comprar, paga el precio y se queda con la cosa y se produce la tradición de ésta, es decir, se hace dueño sin ningún trámite posterior.

¿Cuáles son las diversas modalidades del Leasing?

Las únicas que veremos, dado lo escaso del tiempo, lo distinguen desde el punto de vista de la finalidad o la intención de las partes. Las tres modalidades que veremos son jurídicamente idénticas, el mismo contrato, pero desde el punto de vista de la intencionalidad de las partes se pueden distinguir como figuras o modalidades distintas de leasing.

En primer lugar el denominado **Leasing Operacional u Operativo**, que es aquel en que el propio fabricante o comerciante da en leasing bienes o mercaderías de su giro. Si yo produzco un bien, en vez de darle facilidades de pago al comprador le digo: Bueno, si Ud. no me puede pagar al contado, arriéndemelo con opción de compra; se lo doy en leasing.

El Leasing Financiero o de Intermediación, que es el que se practica masivamente

por las grandes empresas de leasing. El leasing financiero es aquél en que un tercero, la empresa de leasing, adquiere un bien para darlo en leasing a su usuario. Es decir, la empresa de leasing compra el bien que el usuario le ha encargado comprar para dárselo en leasing. Aquí nos encontramos con una operación de leasing que comprende dos contratos distintos. El contrato de compraventa entre la empresa de leasing y el proveedor, y un segundo contrato que es el contrato de leasing propiamente tal entre la empresa de leasing y el usuario o arrendatario, contrato de leasing que a su vez está compuesto de al menos dos contratos, que serían el contrato de arrendamiento y el contrato de opción que mencionábamos recién. El esquema es muy simple. Hay algunos autores que dicen que el leasing es una institución jurídicamente distinta al arrendamiento y distinta de la opción, que sería simplemente leasing. Yo creo que es erróneo en nuestro derecho, simplemente porque la regla general es que los contratos que están regulados en nuestro derecho, entre los cuales está el contrato de arrendamiento, se rigen por sus normas en la medida que se cumple con los requisitos esenciales de dicho contrato.

En el contrato de leasing están todos los requisitos esenciales de un contrato de arrendamiento. Se entrega el uso y goce temporal de un bien contra el pago de una renta y ese es el elemento esencial de un contrato de arrendamiento. Entonces estamos en presencia de un arrendamiento y la importancia jurídica de esto es que se le aplican supletoriamente las normas del contrato de arrendamiento, que no se le aplicarían de acuerdo a la doctrina contraria.

Una tercera modalidad de este contrato de leasing sería el denominado Lease Back, que tiene por objeto obtener recursos por parte del usuario vendiendo un bien que es propio y recibiendo su precio. Le vende a la empresa de leasing el bien propio, recibe su precio, pero se queda con el bien. Es bastante simpático esto. Yo le vendo el bien, me pagan el precio y me quedo con el bien además. Claro, yo mantengo la tenencia del mismo y la posibilidad de readquirirlo. Si yo tengo una máquina, necesito recursos financieros y le vendo la máquina a un tercero, obtengo los recursos, pero me quedo sin máquina, no puedo seguir produciendo, no es muy buen sistema. Si yo quiero seguir produciendo tengo que quedarme con la máquina y con los recursos.

Una vía de lograr esto que parece tan difícil es: le vendo la máquina a la empresa de leasing, ésta me lo da en leasing y así la máquina nunca se ha movido de mi empresa y yo obtuve los recursos. Eso es el lease back.

El origen del contrato de leasing está, como gran parte de los contratos que hemos analizado hoy día, en los Estados Unidos, fundamentalmente en este siglo. Se perfirió en el Siglo XIX y a comienzos del presente, pero se desarrolló masivamente después de la 2° Guerra Mundial. Las grandes empresas de leasing surgieron fundamentalmente en los años 60. El año 77 surgió la primera empresa de leasing en Chile, que es el Leasing Andino y después fueron surgiendo muchas otras, fundamentalmente al amparo de diversos bancos. Veremos de inmediato que la actividad del leasing es una actividad financiera, aún cuando el contrato sea un arrendamiento con opción de compra, que jurídicamente, en principio no tiene nada que ver con financiamiento, pero en la práctica es una actividad financiera tan actividad financiera como un contrato de mutuo o préstamo de dinero, que se solicita a un banco. Los objetivos económicos son exactamente los mismos, aún cuando jurídicamente no tienen absolutamente nada que ver.

El leasing ha crecido en forma enorme a nivel mundial. Se calcula que más o menos el 29% de las instalaciones, maquinarias y equipos en los Estados Unidos son adqui-

ridos por esa vía, y ya en 1986 se calcula que había alrededor de 200 billones de dólares adquiriéndose vía leasing a nivel mundial.

Les decía que el leasing es una actividad financiera especial, y esto es bastante interesante desde el punto de vista jurídico, sobre todo, porque la empresa de leasing se encuentra entre las empresas o instituciones que se dedican al financiamiento de las personas que desean acudir al crédito, es decir, es una institución crediticia. Parece una aberración desde el punto de vista jurídico, pero es así. Tanto es así que una de las pocas regulaciones que existen en nuestro derecho sobre leasing está en la Ley de Bancos. El artículo 83 Nro. 11 bis estableció la posibilidad de que los Bancos establecieran filiales destinadas a complementar el giro bancario, y entre estas filiales se consideró que, entre aquéllas que prestan servicios financieros, se podían contar la empresas de leasing. La verdad es que el leasing financiero es una alternativa de financiamiento frente a la tradicional de los bancos e instituciones financieras. Cumple exactamente el mismo objetivo desde un punto de vista económico, aún cuando los medios utilizados son totalmente distintos.

¿Por qué decimos que son tan idénticos y tan distintos?

En la operación de crédito de dinero, se transfiere el dominio del dinero para luego obtenerlo de vuelta vía pago de intereses y capital. El leasing financiero es un poco más complejo. Una empresa adquiere un bien que desea el usuario, se lo entrega para su uso contra el pago de una renta que equivale al valor de ese bien y con la posibilidad de que lo adquiera finalmente, obviamente incluyendo en la renta una cierta utilidad para el financista análoga a los intereses que cobra el banco. En ambos casos estamos en presencia de un medio que tiene la empresa para adquirir los bienes que requiere. En un caso pide el dinero, con ese dinero se compra la máquina; en el otro, mediante el leasing compra la máquina, siendo financiada esa compra por una institución que financia esta operación.

Es decir, desde el punto de vista económico, son bastante parecidas las dos instituciones y sus formas y naturalezas jurídicas, absolutamente distintas. En un caso, estamos en presencia de un mutuo, en el otro, de diversas figuras jurídicas que se suceden unas a otras para lograr el objetivo deseado. ¿Cuáles son estas figuras jurídicas?, El contrato de compraventa entre la empresa de leasing y el proveedor; el contrato de leasing entre la empresa de leasing y el usuario, el que incluye un arrendamiento y una opción de compra.

¿ Cuáles son las ventajas del Leasing?

En primer lugar, permite diversificar la fuente de financiamiento. Una empresa que tiene copados sus límites de crédito con el sistema bancario, podría eventualmente adquirir bienes vía leasing y obtener por lo tanto el financiamiento que le había sido negado por las empresas financieras.

A diferencia del financiamiento vía bancario, permite el financiamiento total de una operación. Yo quiero comprar una máquina, la empresa de leasing me la financia en un 100%. Las instituciones financieras normalmente no prestan más del 75% del avalúo del bien.

La empresa de leasing suele otorgar servicios como traslado, instalación, servicios de comercio exterior, etc. y normalmente, además, seguros para proteger la cosa, aún

cuando obviamente quien paga todos esos servicios y seguros en definitiva es el usuario.

Por último, el beneficio más codiciado por todos es el beneficio tributario que tiene esta figura. ¿Y cuál es el beneficio tributario del leasing?. Lo diré en forma muy sencilla. Tenemos que suponer para que exista algún beneficio tributario que estamos en presencia de una empresa en marcha, y que tiene utilidades. Si no tiene utilidades, la verdad es que no va a obtener rebajas tributarias, ya que no paga impuestos al tener pérdidas.

Si tenemos una empresa en marcha con utilidades, la renta de arrendamiento del leasing puede rebajarse de la base imponible como un gasto, aún cuando se trate de un bien de capital. Normalmente, el bien objeto de este contrato va a ser un bien de capital, cuyo precio de compra no puede rebajarse como gasto de acuerdo a nuestra legislación tributaria. Si se adquiere vía leasing, la renta como es renta de arrendamiento y no precio de compraventa, sí se puede rebajar como gasto, y ésta es una de las principales razones por las cuales ha prosperado esta figura jurídica en nuestro país.

La verdad es que si se trata de un bien de capital, existe la forma de rebajar el precio vía depreciación del activo fijo, pero esa depreciación está establecida en la ley y ésta tiene límites mínimos de años en los cuales hay que distribuir esa depreciación. En el caso del leasing, se puede manejar o acelerar más allá de lo que la ley permite esta "depreciación". A través de rentas de arrendamiento altas, se puede rebajar como gasto el valor total del bien, en forma mucho más rápida que los hasta cien años que existen como plazo de depreciación para los bienes inmuebles. Además, los riesgos para la empresa de leasing son bastante menores que el riesgo de crédito para un banco, simplemente porque la empresa de leasing mantiene el dominio del bien dado en leasing, el que está solamente arrendado. ¿Qué pasa si quiebra el usuario, el arrendatario?. Muy simple, la empresa de leasing va y retira su bien y el síndico de quiebras no le va a poder decir no, este bien pertenece a la masa, lo vamos a rematar y le vamos a pagar a todas las A.F.P, a todos los acreedores preferentes y después si sobra algo se lo doy a Ud., como pasa a los bancos. El problema suele ser un poco más complejo en el caso de que quiebre el arrendador, la empresa de leasing. La arrendataria se ve en una situación relativamente desmejorada, porque eventualmente podría perder el bien y lo pagado por él como renta.

Se ha planteado la idea de que podría haber un fraude a la ley en esta figura jurídica del leasing, y que se estaría en cierta medida simulando figuras jurídicas distintas. Lo que se quiere por ejemplo con un lease back, es obtener un crédito con una garantía prendaria, y en verdad el efecto jurídico es relativamente el mismo. En el leasing financiero, una operación de crédito, un mutuo.

Y por lo tanto algunos plantean, bueno, ¿no habrá fraude a la ley? La verdad es que no hay fraude a la ley ni simulación, simplemente porque las normas legales en materia de derecho privado son supletorias de la voluntad de las partes, salvo en aquellas materias de derecho público o de orden público; que se aplican a la contratación privada, y por ello, si las partes celebran un contrato y para que no les apliquen las normas de la compraventa celebran un leasing, aún cuando con ello pretender evitar las normativas de la compraventa o el mutuo es un contrato lícito, absolutamente permitido por nuestra legislación. Sólo podría haber fraude a la ley en caso de que por la vía del leasing se quiera atentar contra normas jurídicas de orden público o de derecho público. En el caso por ejemplo del leasing financiero a lease back, hay quienes sostienen que podría pensar-

se en la existencia de un fraude a la ley, si se pretendiera por la vía de este mecanismo, eludir las disposiciones sobre usura o interés máximo convencional, porque esas disposiciones sí que son de orden público. En materia de simulación yo creo que es bastante claro que no la hay, porque la voluntad expresada es exactamente igual que la aparente. Nadie quiere esconder que esté celebrando un contrato de leasing y qué es lo que pretende con dicho contrato. No hay nada oculto.

Elementos de la esencia del Contrato de Leasing.

Tiene que haber una cosa corporal que puede ser mueble o inmueble; tiene que haber un precio o renta de arrendamiento y debe otorgarse finalmente una opción, generalmente una opción de compra del bien por el valor residual, es decir, el valor restante después de descontar al precio total del bien, las rentas de arrendamiento, que incluyen la legítima ganancia de la empresa de leasing.

Tenemos este valor residual como precio de la compraventa, por lo que pueden producirse problemas. Uds. saben que en nuestro derecho en materia de compraventa de bienes raíces, existe la denominada Lesión Enorme. Cuando el bien se vende a un precio inferior a la mitad del justo precio habría lesión enorme, que daría lugar a la posible anulación del contrato de compraventa. En el contrato de leasing normalmente el valor residual va a ser bastante inferior a la mitad del justo precio y por ello podría plantearse la rescisión del contrato por lesión enorme. En la compraventa de cosas muebles no existe la lesión enorme, pero también se podría plantear la posible nulidad del contrato, porque uno de los requisitos del precio en la compraventa es que sea serio, y que sea serio, significa que no sea irrisorio y si fuera irrisorio, podría plantearse la nulidad del contrato también en el caso de un bien mueble. La verdad es que tratamiento jurisprudencial en Chile prácticamente no hay. Yo estimo que a favor de las empresas de leasing se pueden plantear las normas sobre la interpretación de los contratos, que dicen que deben interpretarse de acuerdo a la intención de las partes, y al interpretar de acuerdo a la intención de los contratantes, todo el mundo sabe que su intención era pagar el bien con las rentas de arrendamiento en cierta forma, y que por lo tanto en ningún caso ha sido perjudicada la parte vendedora al recibir menos de la mitad del justo precio, puesto que las partes lo entendieron pagado con el pago de las rentas de arrendamiento.

Esta es una elucubración que no sabemos que resultado jurisprudencial podrá tener. Por ello, en los contratos de leasing, suelen establecerse algunos mecanismos bastante ingeniosos para solucionar este tipo de problemas, por ejemplo establecer que en cada renta de arrendamiento, una parte del pago sea como renta de arrendamiento y otra parte sea con cargo a un denominado fondo de garantía irrevocable, y se pacta en el contrato que al momento de ejercer la opción de compra, este fondo entero pase a formar parte del precio de la compraventa, y así éste queda más abultado y se evitan los problemas de nulidad recién planteados, y como es un fondo de garantía irrevocable, si la persona no ejerce la opción, tampoco puede exigir que le devuelvan ese dinero.

También se puede plantear otro tipo de problemas, por ejemplo, en relación con el Leasing Automotriz. Uds. saben que la Ley del Tránsito establece que el dueño del vehículo es solidariamente responsable con el conductor en el caso de un choque. Si yo tengo un automóvil en leasing y choco, la empresa de leasing es solidariamente responsable. Probablemente va a ser bastante más fácil cobrarle a ella que a mí, por lo que es posible tenga problemas.

Estos problemas existen porque no hay un tratamiento jurídico acerca de la institución del leasing en Chile. Si lo hubiera, la verdad es que los problemas señalados se excluirían expresamente en el leasing, pero no lo hay y la solución normalmente es pactar la obligación de contratar seguros. Estos son algunos de los problemas que les planteo, a modo de inquietudes, porque el tiempo no nos permite seguir profundizando sobre el tema.

Lo anterior creo que es lo fundamental de los temas de la exposición de hoy día, y creo que estos temas, cada uno de ellos, dan para mucho más de una charla, por lo que no he pretendido entrar en profundidad en ellos, sino simplemente crear algunas inquietudes y mostrar algunos nuevos fenómenos jurídicos y económicos que van surgiendo en la empresa.