

EL CONTRATO DE “LEASEBACK” COMO NUEVA FORMA DE FINANCIAMIENTO A PYMES Y LA APLICACIÓN AL EFECTO, DE LA LEY SOBRE ARRENDAMIENTO DE PREDIOS URBANOS N° 18.101

THE ‘LEASEBACK’ CONTRACT AS A NEW FORM OF FINANCING TO SMES AND THE APPLICATION TO THE EFFECT OF THE LAW ON LEASE OF URBAN N° 18.101 PROPERTIES

JUAN PABLO GALLARDO PARADA*
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
CHILE

CAROLINA MARÍA G. DÍAZ ROA**
ABOGADA
CHILE

RESUMEN: Este artículo se refiere a la naturaleza jurídica del contrato de leaseback en especial cuando recae sobre inmuebles y el procedimiento de cobro aplicable en caso de incumplimiento de lo pactado. Además, analiza la aplicación de este contrato en la Ley sobre Arrendamiento de Predios Urbanos.

ABSTRACT: *This article refers to the legal nature of the leaseback contract, especially when it relates to real estate and the applicable collection procedure in case of breach of the agreement. In addition, it analyses the application of this contract in the Law of lease urban properties.*

PALABRAS CLAVE: financiamiento empresas, contratación mercantil, leasing, leaseback.

KEY WORDS: *Financing companies, Mercantile Contracting, Leasing, Leaseback.*

* Abogado por la Universidad de Concepción, socio en estudio jurídico Saenger & Asociados, con domicilio en Aníbal Pinto, 265 Concepción, Chile. Correo electrónico: jp_gallardop@hotmail.com

** Abogada por la Universidad Católica de la Santísima Concepción, actualmente ejercicio libre de la profesión, con domicilio en Concepción, Chile. Correo electrónico: carolinadiaz.roa@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El contrato de leaseback se establece en la actualidad como una forma relativamente nueva de contratación mercantil, sobre todo en nuestro país, definiéndose este contrato en la doctrina nacional como una especie de leasing.

El presente trabajo desarrollará y explicará el contrato de leaseback como una nueva forma contractual, distinta al contrato leasing, aunque claro está, con grandes similitudes.

Para un mayor entendimiento sobre el tema, resulta imperioso analizar las particularidades del contrato de leaseback, para luego efectuar un cuadro comparativo con el contrato de leasing, ya que éste último guarda semejanzas con el contrato en análisis, pero presenta a su vez claras diferencias, las que se ven reflejadas principalmente en la intención y finalidad que las partes tienen en vista al momento de contratar.

El "leaseback" es una forma de contratación mercantil, cada vez más en boga en la realidad empresarial chilena; que en la práctica se desarrolla a través de un conjunto de operaciones, las que por separado constituyen contratos nominados y regulados por el derecho chileno, sin embargo, todas estas operaciones se encuentran ligadas y a su vez constituyen una forma contractual nueva e innominada, la que puede ser analizada desde diversos ángulos, como lo veremos más adelante.

EL LEASING Y LA EVOLUCIÓN AL LEASEBACK

El contrato en estudio tiene su origen en el leasing, éste a su vez se creó durante la segunda mitad del siglo pasado, en Estados Unidos y paulatinamente se fue expandiendo a nivel mundial.

En Chile su uso se generalizó a fines de la década de los '70 e inicios de la década los '80, a la sazón de una serie de cambios ocurridos en el país en aquella época, en materia económica, con la apertura hacia un sistema de libre mercado.

Definición del Leasing:

El jurista Álvaro Puelma Accorsi, define el leasing como ***"una operación en virtud de la cual una persona entrega a otra, por un tiempo determinado, una cosa a título de mera tenencia, para su uso y goce, por el pago de un precio o renta periódicos, otorgándose a quien recibe el uso y goce de la cosa con opción de compra del mismo bien u otros derechos o facultades"***.

Luego indica que ***"estos derechos pueden consistir en la renovación del uso y goce por nuevos períodos, por un precio determinado, o en la obligación de repartir el producto de la venta a terceros del mismo bien"***¹.

Este contrato se concibió como una forma de financiamiento de nuevos bienes de fácil depreciación. Así una empresa adquiere bienes de producción, los usa en virtud de un título de mera tenencia cancelando una cuota mensual, y transcurrido cierto lapso dichos bienes son ingresados a su patrimonio, a través de un título traslativo que emana del mismo contrato de leasing, el cual se perfecciona si ésta manifiesta su voluntad en tal sentido. Es decir, una parte de la relación contractual entrega la mera tenencia de un bien a una empresa para que esta lo use pagando un canon periódico durante un tiempo determinado, terminado este periodo, la empresa puede hacer uso de la

¹ PUELMA ACCORSI ALVARO, *Contratación Comercial Moderna*. Editorial Jurídica de Chile año 1991, p. 101.

opción que contiene el contrato de adquirir en dominio el bien que ya posee como mera tenedora, mediante una mal denominada opción de compra cuyo precio será una cantidad residual del valor del bien que, ya se ha pagado a través de los pagos periódicos.

En la actualidad, existen dos clases de leasing, el factor determinante para la clasificación se produce en consideración a quien aporta el bien de producción: Si quien aporta el bien de producción es el fabricante se denominará "leasing operacional" y, por el contrario, si interviene un tercero que compra dicho bien al fabricante y se lo entrega al usuario, se denominará "leasing financiero".

A diferencia del leasing, "el leaseback" no tiene como objeto el financiamiento de nuevos medios de producción, sino la liquidación de bienes de capital adquiridos por una empresa, a través del traspaso de estos a un tercero, quien inyecta flujo de dinero fresco, arrendando posteriormente este bien al antiguo dueño e incluyendo una opción de compra.

Esta operación posee una finalidad claramente crediticia, que escapa de la concepción original del contrato de leasing el cual tiene por finalidad la adquisición de nuevos bienes, mediante una suerte de arriendo con opción de compra.

En Chile "el leaseback" se observa de forma más patente en diversos escenarios, como por ejemplo las ofertas de este tipo de contrato que ofrecen las instituciones crediticias, así, en internet es fácil encontrar anuncios como: ***"Refinanciamos su activo fijo, BCI Leasing compra el bien nuevo o usado para arrendárselo a usted mismo por un plazo fijo, con opción de compra, una vez cumplido el contrato de arriendo. Transformando su Activo Fijo en Capital de Trabajo"***².

Si bien actualmente la función que cumplía el leasing se ha debilitado, ha aparecido esta nueva forma contractual crediticia, la que desprovista de legislación sistemática y de orden público que la regule, puede ser un semillero de abusos para quien contrata adquiriendo liquidez.

EL CONTRATO DE LEASEBACK

Bastante reducido ha sido hasta el momento el desarrollo doctrinario en nuestro país de este contrato, en efecto, para la realización de este trabajo sus autores se han encontrado con la sorpresa de la nula sistematización doctrinaria del tema, lo que agrava aún más la situación de abuso e indefensión de que puede ser víctima quien contrata con un tercero a través de esta forma contractual. En efecto, sólo existen algunas referencias en manuales que analizan el contrato de leasing, mencionando el contrato en estudio como una forma de aquel.

En tal orden de ideas, no existen definiciones legales ni doctrinarias en nuestro país del contrato en comento, sin embargo, los juristas María T. Acquarone y Leonardo Embon G, lo definen como ***"el contrato de sale and lease back se perfecciona cuando una persona, generalmente de carácter ideal, vende uno o más de sus activos fijos y, en forma simultánea, celebra un contrato de leasing, conservando de esta forma el uso de los bienes y poseyendo la opción de readquirirlos"***³.

Según se aprecia, el motor que impulsa a las partes a la celebración del contrato, no es la transferencia del dominio de bienes propiamente tal, sino la obtención de liquidez y conservación del uso de su bien capital.

² http://www.bci.cl/empresas/leasing/leaseback_act.html

³ ACQUARONE MARIA T. - EMBON LEONARDO G, *El Leasing. Su instrumentación y encuadre en la actual financiación empresarial*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2° Edición Actualizada y Aumentada año 2004, p.170.

Así el jurista español Sixto Sánchez Lorenzo, indica que ***“esta forma contractual se basa en un renovado concepto del derecho de propiedad”*** Continúa exponiendo que: “en el presente contrato media una nueva concepción jurídico económica sobre el derecho de propiedad y el uso de las cosas, con tendencia a primar éste sobre aquel, dado que es el uso de las cosas la que finalmente hará obtener ganancias y producir recursos, y no la propiedad sobre los bienes concebido de la manera clásica”⁴.

Lo medular es que independiente que el contrato de leaseback sea o no una forma de contratación del leasing, lo cierto es que en la realidad chilena se utiliza como una forma de operación crediticia.

En efecto, si bien el leasing propiamente tal fue creado como una forma de adquisición de nuevos bienes de producción; “el leaseback” en cambio tiene como objetivo que, en vez de adquirir un bien de producción, una de las partes se desprende del dominio de un bien, para así percibir una cantidad de dinero, quedando en calidad de mero tenedor de dicho bien, por el cual pagará una cantidad de cánones mensuales similares a la renta del arrendamiento, establecidos por un lapso determinado en el mismo contrato y con posterioridad a ello podrá pagar un precio residual y con ello hacer ingresar nuevamente a su patrimonio el bien que había entregado al tercero a cambio de la suma de dinero.

Esta modalidad, sin lugar a dudas esconde una operación de crédito, la que sólo será lícita en cuanto respete la normativa sobre operaciones de crédito vigentes en el país.

OPERACIONES O ACTOS JURÍDICOS QUE COMPONEN EL LEASEBACK

De acuerdo a lo señalado, las operaciones o actos jurídicos de que se compone este contrato, son las siguientes:

- **Una sociedad** (empresa de leaseback) realiza un contrato de compraventa con otra persona, natural o jurídica, la que le transfiere un bien, el que en la práctica nacional generalmente es inmueble, por una suma determinada de dinero (cuyo valor fijado es más bajo que el valor comercial).
- **La sociedad (compradora), que a su vez arrienda este bien a la vendedora**, la que por lo tanto mantiene su mera tenencia, reconociendo dominio ajeno.
- Se establece una **opción de compra** entre arrendadora y arrendataria, una vez completados todos los periodos de renta, el antiguo dueño-vendedor, y actual arrendatario, puede hacer efectiva esta opción en el último periodo, volviendo el dominio del bien traido a sus manos.
- Por lo tanto, **dicho contrato de arriendo se pacta a plazo fijo**, mediante una cantidad de rentas determinadas. Al término de las rentas, el arrendatario puede hacer efectiva la opción de compra, la que se concretará con el pago de la última renta, o un pago final. Pactándose una suerte de retroventa, la que obviamente no es tal, sino una cláusula sui géneris, propia de este contrato.

Vale la pena señalar que todos los contratos de este tipo que hemos examinado, agregan en el contrato de arriendo una cláusula de resolución ipso facto en caso del no pago de una de las rentas del supuesto contrato; y una cláusula penal para el arrendatario, que consiste en el pago de un porcentaje de las rentas pendientes, hasta el término del contrato de arrendamiento, o lo que es peor, todas ellas.

Esta cláusula penal, es claramente un abuso según expondremos.

⁴ SANCHEZ LORENZO SIXTO, *Garantías Reales en el Comercio Internacional: Reserva de dominio, ventas en garantía y leasing*, Editorial Civitas, Madrid, año 1993, p. 29.

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE LEASEBACK

Cuestión de vital relevancia en la contingencia actual, es determinar si el contrato en estudio corresponde a una figura unitaria propiamente tal, o a una conjunción de contratos, los cuales tienen la particularidad de celebrarse coetáneamente, y en un mismo título.

La importancia de lo señalado radica en que de ello dependerá el tratamiento jurídico que se le dé a una situación concreta; especialmente en cuanto a la aplicación del derecho, tanto de fondo como adjetivo, ante la eventualidad que las partes deban someter un caso a la función jurisdiccional del Estado.

Como primera tesis podría plantearse la idea de la coexistencia de contratos, tal como ocurre, en el caso de la celebración de contrato de mutuo, de hipoteca y la contratación de seguros que tengan por finalidad proteger el inmueble hipotecado. En esta situación se observa la identidad de cada uno de los negocios jurídicos.

No obstante, el escenario planteado en el leaseback al parecer es distinto, dado que si bien a simple vista se observa la yuxtaposición de un contrato de compraventa y arrendamiento con opción de compra –o un contrato de compraventa y de leasing–, sin embargo la particularidad de la situación nos obliga a concluir que entre estas convenciones existe una fusión que las transforman en un solo contrato distinto a aquellos, naciendo un ser diverso cuyo corazón se forma en la realidad fáctica de que dichos contratos comparten un elemento esencial del acto jurídico como es la causa. En otras palabras, la causa de los contratantes tanto para el contrato de arriendo, como para la compraventa es la misma; y no es otra cosa que hacer una operación crediticia.

Esta discusión ha sido planteada en la doctrina nacional en relación al leasing; algunos consideran que dicha figura se asimila al arriendo, otros en cambio son más proclives a pensar que se asemeja al mandato, sin embargo parece imponerse por sobre las tesis anteriormente, la doctrina que la considera una figura independiente e innominada; es así como el jurista Ricardo Sandoval López, señala que el leasing *“es una figura compleja integrada por diversos elementos que, a pesar de los términos en que aparezca redactado, no debe equipararse con el arrendamiento, ni con la opción de compra, ni siquiera con el arrendamiento con opción de compra, sino que por su causa única, constituye una realidad unitaria e independiente”*⁵.

En cuanto al “leaseback” la discusión ni siquiera ha sido abordada a profundidad en nuestra doctrina, considerándose como una forma de leasing.

Si bien este contrato a simple vista parece una simple conjunción entre una compraventa y un leasing, en nuestro parecer debe ser considerado una sola figura innominada.

Según señalamos, el deslinde preciso entre la simple unión de contratos en un mismo negocio, y la fusión de figuras que crean una nueva forma contractual debe ser valorada, en primer término, en la causa. Al respecto señalan María T. Acquarone y Leonardo Embon *“cuando ambos contratos comparten la misma causa estamos frente a un contrato complejo o unión de contratos, y si nos enfrentamos a dos contratos con causas disímiles habrá simple pluralidad contractual y no unicidad.*

Se ve con claridad ante el caso concreto. En el sale and lease back, que, como vimos, reúne una compraventa y un leasing, la causa fin del contrato es una sola.

Al celebrar el contrato (compraventa y leasing) las partes tienen en mira un único fin,

⁵ SANDOVAL LOPEZ RICARDO, *Nuevas Operaciones Mercantiles*, Quinta Edición Actualizada, editorial Lexis Nexis, año 2004, p.25.

cual es el financiamiento, y logran el objetivo a través del perfeccionamiento de este contrato complejo"⁶.

El Derecho Chileno, sin duda sigue la teoría clásica de causa, plasmada en el Código Civil Francés, el que a su vez se inspira en las teorías de Domat y Pothier. Esta teoría objetiva hace abstracción de las motivaciones personales que las partes tienen al momento de contratar; sin perjuicio de ello, es imprescindible recordar que la causa es un elemento esencial del acto jurídico, así está claramente estipulado en nuestro ordenamiento, y es tratada como un elemento distinto de la voluntad. Pudiendo apreciarse que, en la realidad de nuestro medio, las partes al contratar no tienen la intención de celebrar una compraventa, para luego celebrar un contrato de arriendo y finalmente recomprar el bien traido, sino que por el contrario tienen en vista una operación crediticia, y es así como la unidad del "leaseback" se hace evidente al analizar su causa.

Vale la pena para clarificar esta idea, citar a don Ramón Domínguez Águila, quien señala *"en general, no es posible en el Derecho Chileno que una voluntad pueda ser considerada por el juez como forma separada de su causa. Por excepción, sin embargo, existen negocios jurídicos en que se hace la separación, y el Derecho atiende exclusivamente a la voluntad declarada manifiesta y no a su causa (llamados negocios jurídicos abstractos)"*⁷.

Finalmente, de acuerdo a lo señalado, la causa del "leaseback", debe ser considerada y analizada en un caso concreto, de manera distinta y separada de la voluntad declarada.

EL LEASEBACK Y LA COMPRAVENTA

Según se ha expuesto, el contrato en estudio supone la tradición de un bien, cuyo título traslativo se identifica con la compraventa; sin embargo, las partes al momento de contratar no pretenden celebrar dicho contrato, sino garantizar el pago de un mutuo celebrado con anterioridad o coetáneamente entre el supuesto vendedor y la empresa de leaseback, y esta última garantiza su pago adquiriendo en dominio un bien mediante esta —a nuestro parecer— mal denominada compraventa.

DIFERENCIAS CON UNA COMPRAVENTA NORMAL

Para robustecer la tesis sostenida en esta publicación, en el sentido que este contrato es distinto a las convenciones que en principio se yuxtapondrían para conformarlo es necesario analizar las diferencias entre las compraventas que se celebran en un contrato de leaseback, y aquellas que se celebran normalmente.

1° EN CUANTO AL PACTO DE RETROVENTA. Para sustentar la idea que en el contrato de leaseback existe un contrato de compraventa, se ha sostenido por la jurisprudencia (según expondré) que éste a su vez contiene la cláusula contemplada en el artículo 1881 del Código Civil, en cuya virtud se puede estipular que el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida. Dicha cláusula de retroventa contiene una condición resolutoria del contrato de compraventa, que se cumpliría si transcurrido un plazo cierto, el vendedor manifiesta su voluntad de entregar una suma determinada de dinero al comprador, y así recuperar la cosa vendida.

Cabe mencionar que dicha suma determinada no necesariamente debe ser idéntica a aquella pactada en el precio del contrato, así señala don Arturo Alessandri Rodríguez que como la ley no prohíbe que las partes puedan convenir que el vendedor reembolse el precio con intereses, creemos

⁶ ACQUARONE MARIA T. - EMBON LEONARDO G. ob. cit., p.178.

⁷ DOMÍNGUEZ AGUILA RAMON, *Teoría del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, p. 186.

que esta estipulación es perfectamente válida y lícita. Eso sí que, si no se estipulan intereses, no se deben, porque el artículo 1881 no impone esta obligación al vendedor⁸.

Así las cosas, en principio la llamada opción de compra podría justificarse dentro de la mencionada cláusula de retroventa, sin embargo, la ley establece un plazo máximo para que la condición resolutoria contenida en ella se verifique y es 4 años contados desde la celebración del contrato, por lo tanto el contrato de leaseback se limitaría a dicho periodo, lo que contrasta con la realidad, ya que la mayoría de dichos contratos, en especial sobre inmuebles, exceden con creces el plazo de 4 años.

Además, la Superintendencia de Banco e Instituciones Financieras, en su Circular N° 3.444 / 21.08.08, señaló que “Los contratos de leasing inmobiliario deberán contemplar un plazo mínimo de 5 años y el valor actual de la totalidad de las cuotas no podrá ser inferior al 40% del valor de tasación del correspondiente bien o, cuando se trate de lease-back de un bien usado, del valor de tasación deducido el ajuste de que trata el numeral 3.1 de este título”⁹.

Asimismo, según el artículo 1884 del Código Civil se prohíbe ceder el pacto de retroventa, lo que complica y rigidiza aún más el escenario.

Por lo tanto, en todos los contratos que la opción de compra exceda tal plazo, no existiría una cláusula de retroventa.

EN CUANTO A LA LESIÓN ENORME. En este punto encausaremos nuestro análisis al contrato de leaseback celebrado sobre inmuebles, que por lo demás es el objeto de este trabajo.

En relación a lo expuesto en los párrafos anteriores, si no existe una cláusula de retroventa en la opción de compra que conlleve el leaseback, necesariamente se celebrarían dos contratos de compraventa mediados por un contrato de arriendo, y la opción de compra adquiriría necesariamente la calidad de promesa de venta.

En este escenario nos encontramos con el problema de que la segunda venta que se realiza al ejercer la opción de compra sería susceptible de ser rescindida por lesión enorme, ya que el precio que se paga es residual y por lo tanto mucho menor al 50% del valor comercial del inmueble objeto de la operación.

DIFERENCIAS DEL LEASEBACK Y EL ARRENDAMIENTO DE PREDIO URBANO

Siguiendo el hilo conceptual, la única posibilidad de concebir el contrato de venta de un inmueble en el precio que se establece en la opción de compra, es considerando que el monto de los cánones que se pagan en el supuesto contrato de arriendo, constituye parte del precio que finalmente se cancelará, pero, inmediatamente surge un nuevo problema, ya que el pago operaría como modo de extinguir las obligaciones de dos contratos al mismo tiempo. O visto de otra forma, las sumas de dinero entregadas periódicamente constituirían un elemento esencial de dos contratos en forma simultánea, tanto el de renta del arrendamiento, como el del precio de la cosa vendida al hacer operar la opción de compra.

Lo anterior a nuestro parecer crea una diferencia estructural insalvable entre el arriendo y el leaseback, que sólo puede ser superada al concebir este último como un contrato unitario, innominado y complejo.

⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ ARTURO, *De la Compraventa y De La Promesa De Venta. Tomo II, Volumen 2*. Editorial Jurídica de Chile, año 2003, p. 696

⁹ Circular N° 3.444/21.08.08 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile.

Es así como, en el caso de arrendamiento, el artículo 1924 del Código Civil impone al arrendador la obligación de mantener la cosa en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada, sin embargo, al analizar los contratos de leaseback se aprecia que se lo libera de tal obligación, e incluso se obliga al arrendatario contratar seguros que absorban el riesgo de la destrucción de la cosa.

APLICACIÓN EN LA ESPECIE, DE LA LEY DE ARRIENDO DE PREDIO URBANO

La costumbre chilena del contrato de leaseback sobre inmuebles, ha incluido una cláusula resolutoria ipso facto en caso de no pago de una de las rentas del denominado arrendamiento, de forma tal que si acaece tal condición nace para la empresa de leaseback la facultad de demandar el término del contrato, el pago de las rentas insolutas hasta la devolución del inmueble, la entrega del mismo, y normalmente se pacta una cláusula penal consistente en el pago de las rentas insolutas hasta el término del plazo pactado en contrato de arriendo (es decir hasta el momento en que terminando los pagos periódicos y se puede hacer efectiva la opción de compra).

Para graficar esto pondremos un ejemplo, Juan le vende su casa a la empresa financiera Leaseback S.A. para así obtener dinero, dicha empresa tasa el valor en \$100.000.000 (que de seguro será un valor que conviene a esta última), luego arrienda la casa a Juan en 119 cuotas mensuales y sucesivas de \$1.000.000, y establece la posibilidad para Juan de manifestar durante el último mes de renta su voluntad de hacer efectiva una opción de compra, de modo tal que al mes 120 celebrarán una compraventa en la que Juan recupera su casa pagando en tal acto un precio de un millón de pesos.

Es decir, si Juan se atrasa en el pago de una de esas rentas, supongamos la número 60, se resuelve ipso facto el contrato de arriendo, será demandado mediante el procedimiento contemplado en la Ley de Arriendo de Predio Urbano, número 18.101; y además deberá pagar una pena correspondiente al número de arriendo hasta que termine el plazo del arriendo, es decir, en el ejemplo serían 59.

Aquí surge la importancia práctica de la naturaleza jurídica que posee este contrato de leaseback, dado que si un contrato distinto del arriendo no es posible aplicar a estos casos la Ley de Arrendamiento de Predios Urbanos. A nuestro parecer las partes han celebrado un contrato innominado, cuya intención es realizar una operación de crédito, y obtener liquidez, generalmente en un periodo de crisis. Con ello, en caso de incumplimiento de una de las cuotas, la empresa de leaseback demandará según las normas y procedimiento contemplados en la ley N° 18.101, lo que significa que se sustancia en un procedimiento sumarísimo.

En el ejemplo de Juan, la empresa de leaseback prestaría la cantidad de \$100.000.000.-, obtendría \$60.000.000.- de pago efectuado mediante cuotas, además un inmueble cuya posesión material procuraría a través de un procedimiento sumarísimo; y por su parte Juan después de haber pagado \$60.000.000.- del préstamo, perdería su casa cuyo valor puede ser superior a \$100.000.000., pero además estaría aun en deuda por \$59.000.000. Esto sin duda es un abuso del derecho.

Vale la pena recordar que esta ley fue promulgada con fecha 7 de enero de 1982, por medio de la cual se derogó el D.L. N°964 y cuya finalidad se indica en el Mensaje mediante el cual el Presidente de la República remitió a la Junta de Gobierno el Proyecto de Ley en el cual se señala que la derogación del D.L. N°964 de 1975 “persigue estimular permanentemente la inversión privada en la construcción de viviendas destinadas al arrendamiento, por constituir una buena inversión...”, señalando a continuación “Jurídicamente, la derogación propuesta significa en lo substantivo, volver a las normas del Código Civil, restituyéndose al arrendamiento el carácter que siempre debió tener y aplicando las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo referente a la tramitación de

las causas, en procedimientos ágiles y debidamente probados”.

Es decir, dicha ley pretendía agilizar los juicios de arriendo para incentivar la inversión en inmuebles, concentrando el procedimiento en contra del arrendatario incumplidor, restringiendo sus posibilidades de defensa, no aplicarla para el cobro de operaciones de crédito.

Debemos reconocer que el problema no es sencillo, toda vez que el acreedor frente al incumplimiento del pago de las cuotas (rentas) se verá forzado a iniciar una acción que enmarque dentro de las existentes en el Derecho Chileno. Viéndose desprovisto de acciones ejecutivas, quedando al parecer constreñido al uso de las normas que regulan el juicio ordinario.

Así es como en el caso concreto se utiliza sin cortapisas el procedimiento de la Ley 18.101, lo cual, aunque facilita una salida procesal, es a todas luces un error y semillero de injusticias.

CLÁUSULA PENAL EN EL CONTRATO DE LEASEBACK Y SU SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Según hemos señalado, en este contrato se agrega cláusula penal, en caso de no pago de los cánones pactados, consistente en el pago de los cánones pendientes.

Escueto resulta el análisis jurisprudencial de este tipo de cláusulas, sin embargo, en causa ROL 11402-2014, del 22° Juzgado Civil de Santiago (1), se optó por indicar que esta cláusula carecía de causa, ya que al terminar un contrato de tracto sucesivo, como es el contrato de arriendo, ésta suponía la supervivencia de obligaciones incausadas, lo que lógicamente acarrearía su nulidad absoluta, y así fue declarado.

Obviamente esta sentencia discurre sobre la base que es aplicable en la especie las normas procesales de la Ley Sobre de Arrendamiento de Predios Urbanos.

A nuestro parecer el análisis de esta cláusula debería ser estudiado, a la luz de la normativa sobre operaciones de crédito, siempre considerando el contrato discutido como uno innominado, lo cual permitiría un análisis correcto de este tipo de prácticas.

En causa ROL 11402-2014, del 22° Juzgado Civil de Santiago, se optó por la siguiente solución: ***“VIII.- Que, en lo relativo a lo demandado a título cláusula penal, esto es, el pago de las rentas de arrendamiento que se encuentren por vencer pactadas en el contrato y, por concepto de evaluación anticipada de perjuicios, se tiene presente que en el caso de marras se está frente a un contrato de arrendamiento, él que se caracteriza por el pago de la renta mensual de arrendamiento, por la mera tenencia del bien dado en arrendamiento.***

En este contexto, las partes son libres, atendida la autonomía de la voluntad, de pactar una pena para el caso de incumplimiento, pero no pueden hacerla consistir en la supervivencia de obligaciones incausadas, ello pues, la pena consiste -siempre y en todo caso- en el pago de las obligaciones incausadas, desde el momento mismo de la terminación del contrato;

IX.- Que, la causa como elemento de la obligación, ha de analizarse como un elemento que permita cuidar la correlación de intereses existente en todo contrato, más aún cuando se está frente a un contrato bilateral, que supone necesariamente obligaciones jurídicamente justificadas. Entonces, si a la demandada se le exige la entrega del bien inmueble, la cláusula penal carece de causa, ello porque dicha evaluación convencional se encuentra estructurada sobre la base de la renta de arrendamiento y, como la propia demanda lo expresa, ésta se basaría en un valor respecto de aquellas “cuotas que se encontraren pendientes de vencimiento”, lo que transgrede

la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, toda vez que éste es de tracto sucesivo y obliga al pago de obligaciones futuras que con el término del contrato, como lo solicita la actora, carecen de causa y,

X.- Que, lo razonado en los dos considerandos de más arriba, conduce necesariamente, en virtud del artículo 1683 de Código Civil, a declarar la nulidad absoluta de la cláusula penal, establecida en la cláusula vigésimo quinta del contrato, toda vez que carece de causa y, en virtud de ello rechazarse lo pedido por dicho concepto”.

BIBLIOGRAFÍA

ACQUARONE MARIA T. - EMBON LEONARDO G, *El Leasing. Su instrumentación y encuadre en la actual financiación empresarial*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2° Edición Actualizada y Aumentada año 2004, p. 170.

ACQUARONE MARIA T. - EMBON LEONARDO G. ob. cit., p. 178.

ALESSANDRI RODRIGUEZ ARTURO, *De la Compraventa y De La Promesa De Venta. Tomo II, Volumen 2*. Editorial Jurídica de Chile, año 2003, p. 696.

DOMINGUEZ AGUILA RAMON, *Teoría del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, p. 186.

PUELMA ACCORSI ALVARO, *Contratación Comercial Moderna*. Editorial Jurídica de Chile año 1991, p. 101.

SANCHEZ LORENZO SIXTO, *Garantías Reales en el Comercio Internacional: Reserva de dominio, ventas en garantía y leasing*, Editorial Civitas, Madrid, año 1993, p. 29.

SANDOVAL LOPEZ RICARDO, *Nuevas Operaciones Mercantiles*, Quinta Edición Actualizada, editorial Lexis Nexis, año 2004, p. 25.

Circular N°3.444/21.08.08 de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile. Sentencia de fecha 25 de agosto de 2014, en causa n° 11.402-2014, del 22° Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Tanner Leasing S.A. con Maestranza Main Ltda”.

http://www.bci.cl/empresas/leasing/leaseback_act.html