



**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL CONTROL DE UN CONTRATO ATÍPICO A LA LUZ DE
ALGUNAS PROHIBICIONES ROMANAS**

POR

EDUARDO ALBERTO DARRITCHON POOL

**Tesis presentada a la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción para optar al grado
académico de Magíster en Derecho**

Profesor Guía: PATRICIO MELLA CABRERA

Junio 2019

Concepción – Chile



© 2019 **EDUARDO ALBERTO DARRITCHON POOL**

Se autoriza la reproducción total o parcial, con fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo la cita bibliográfica del documento.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL	3
i. Autonomía de la voluntad y libertad contractual.....	3
ii. Limitaciones al principio.....	10
CAPÍTULO II. CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE ATIPICIDAD CONTRACTUAL	30
i.- Tipicidad y atipicidad. Nociones básicas y pertinentes	30
ii.- Consideraciones en torno a los negocios jurídicos indirectos	43
CAPÍTULO III. BREVE REFERENCIA AL SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES EN EL DERECHO ROMANO	47
i.- Escenario fáctico.....	47
ii.- La fiducia cum creditore.....	50
iii.- La pignoris datio.....	53
iv.- La pignoris conventio.....	55
CAPÍTULO IV. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO EN LAS GARANTÍAS REALES	59
i.- Origen de la prohibición.....	59

ii.- Recepción en los códigos decimonónicos	60
CAPÍTULO V. ALGUNOS COMENTARIOS CON RELACIÓN AL <i>LEASEBACK</i> Y LOS NEGOCIOS INDIRECTOS. UNA GARANTÍA ATÍPICA	64
i.- Consideraciones preliminares	64
ii.- La práctica de los prestamistas y el uso de garantías atípicas	65
CAPÍTULO VI. UTILIDAD QUE REPRESENTA LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL <i>LEASEBACK</i>.....	69
i.- Precisiones generales sobre la naturaleza jurídica de los contratos.....	69
ii.- Utilidad de la calificación del <i>leaseback</i> como contrato sui generis.....	71
iii.- Utilidad de la aplicación analógica de las figuras típicas y consideración de las normas de orden público	75
CAPÍTULO VII. ¿CONSTITUYE EL <i>LEASEBACK</i> UNA FORMA DE BURLAR EL ESTATUTO PROTECTOR DE LOS DEUDORES?	82
CAPÍTULO VIII. IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL <i>LEASEBACK</i> EN FUNCIÓN DE LA APLICACIÓN A SU RESPECTO DE LIMITACIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL QUE EXISTEN PARA LAS FIGURAS TÍPICAS O CON REGULACIÓN NORMATIVA	89
i. El problema en su aplicación práctica	89
ii. El <i>leaseback</i> y la lesión enorme con relación al precio de venta	90

iii.	El leaseback y la ley de operaciones de crédito de dinero.....	92
iv.	El leaseback y la validez de las cláusulas penales asociadas a ellos.....	98
CAPÍTULO IX. OTROS ASPECTOS QUE PUEDEN REVESTIR INTERÉS		104
i.	Consideraciones en relación al efecto respecto de terceros. Cuestiones sobre oponibilidad.	104
ii.	El leaseback, una superpreferencia.....	107
iii.	El leaseback y las normas sobre elusión	108
CAPÍTULO X. LA IMPORTANCIA DE CALIFICAR AL LEASEBACK COMO CONTRATO DE ADHESIÓN Y DE CONSUMO		110
i.-	Consideraciones en relación a las cláusulas abusivas y la libertad contractual	110
ii.-	Algunos comentarios en función de las modificaciones introducidas por la ley 20.555, “Sernac Financiero”	120
CONCLUSIONES.....		123
BIBLIOGRAFÍA.....		127

RESUMEN.

El presente trabajo tiene por objeto analizar, en base viejas prohibiciones romanas, especialmente la de la *lex commissoria*, el contrato de leaseback, en función de formular prevenciones en relación a este contrato y la afectación de la protección que el Código Civil chileno contempla en relación a las garantías típicas. Al mismo tiempo se quiere poner énfasis en la importancia de su carácter de contrato de adhesión y de consumo en función del control de las cláusulas abusivas.

Abstract.

The purpose of this paper is to analyze, based on old Roman prohibitions, especially that of the *lex commissoria*, the leaseback contract, in order to formulate preventions in relation to this contract and the effect of the protection that the Chilean Civil Code contemplates in relation to the typical guarantees. At the same time, emphasis is placed on the importance of its nature as an adhesion and consumption contract in terms of the control of abusive clauses.

INTRODUCCIÓN.

Se suele enseñar que el derecho es en sí un fenómeno histórico lo que conlleva que la inteligencia o entendimiento de una norma jurídica exige el conocimiento de su origen y de su evolución.

De esta forma, si no se conoce esta evolución, una regla hoy en día vigente puede aparecer muchas veces como arbitraria o artificial.

Ese mismo desconocimiento podría hacer ver como nuevo algo sin perjuicio de que se tratara de una institución con precedentes incluso en el viejo derecho.

En este sentido el Derecho romano ayuda a comprender que el Derecho es primordialmente un producto histórico, siendo posible caracterizarlo como un fenómeno social, de allí que para cabalmente el Derecho es necesario considerarlo en su devenir histórico, lo que no se logra si se estudia el Derecho como un fenómeno estático.

Precisamente el objeto de este trabajo es, en relación a un contrato de reciente incorporación en nuestro mercado financiero, el *leaseback*, analizar

la aplicación a su respecto de viejas prohibiciones romanas que el Código Civil y su legislación complementaria recepcionan.

Con tal objeto, estudiaremos aspectos básicos en relación a los denominados contratos atípicos y su control, lo cual nos llevará a formular precisiones en relación al principio de la libertad contractual, como expresión de la autonomía de la voluntad, los controles que el sistema considera para los contratos típicos, la importancia de su determinación de la naturaleza jurídica de este contrato y de los resultados perniciosos a los que ha conducido su calificación como contrato sui generis y la poca relevancia que se advierte en relación a su condición de contrato de adhesión y de consumo, todo ello en función de destacar la eventual vigencia de viejas concepciones romanas que justifican la aplicación de ciertas prohibiciones de origen romano.

En caso alguno constituye parte del objeto de este trabajo el estudio del leasing y sus diversas modalidades respecto de lo cual existe tanto en nuestro medio como en otras latitudes bastante bibliografía.

CAPITULO I
ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN AL PRINCIPIO
DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

i. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LIBERTAD
CONTRACTUAL.

El contrato es una de las fuentes de las obligaciones, para muchos la más importante o común, y a su respecto es posible destacar la existencia de principios generales o comunes a todos los contratos y otros comunes a una determinada clase de contratos e incluso reglas específicas para ciertos contratos en particular.

La existencia de estos principios aparece como especialmente útil respecto de los que podríamos denominar contratos no regulados o atípicos, vale decir, aquellos que no son objeto de regulación especial por el legislador. En este sentido, el profesor Ramón Domínguez Águila¹, al tiempo de formular precisiones en relación a la clasificación del negocios en típicos o nominados y atípicos o innominados, destaca que esta clasificación

¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN. (2012). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2ª edición actualizada, página 28.

deriva de la consagración dada a la autonomía de la voluntad, afirmando que las partes son libres darse sus propias reglas, aunque no estén en la ley.

Por otra parte, la constatación de la existencia de estos principios es lo que permite concebir la existencia de lo que suele denominarse una teoría general de los contratos.

Uno de los principios más mentados en relación a los contratos es el de la libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato, que nuestro legislador recoge en el artículo 1545 del Código Civil y que aparece reiterado en otros pasajes del mismo cuerpo legal, como en los artículos 880, 1547 inciso final, y 1887.

Este principio se vincula estrechamente con el principio de la autonomía de la voluntad, pudiendo afirmarse que el primero es el mismo principio, pero con especial referencia a los contratos.

Precisamente el profesor Antonio Manuel Morales Moreno² caracteriza al contrato como el instrumento básico a través del cual se desenvuelve la autonomía de la voluntad. En un sentido similar el profesor Domínguez³ precisa que, en la concepción filosófica que imperó en la época

² MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. (2014). *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*. Legal Publishing, Santiago, Chile, 1ª edición, página 38.

³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN. (2012). Obra citada, página 35.

de las legislaciones del siglo XIX, “la voluntad es la causa primera del Derecho” y que de ello se seguía como consecuencia que voluntad y negocio jurídico son dos ideas que se identifican, citando al efecto a Windscheid, quien al efecto afirmaba “el acto jurídico es la manifestación del poder creador que pertenece a la voluntad privada en el campo jurídico”.

Al respecto, el profesor Mauricio Tapia Rodríguez⁴ afirma que la noción de contrato en el Código Civil se suele examinar sobre la base del principio de la autonomía privada o de la voluntad, la que tendría sus fundamentos en la filosofía individualista y que puede entenderse implícita en el artículo 1545 del Código Civil, la que no sería más que una expresión de la libertad en el ámbito del derecho civil y que se traduciría en una facultad que la ley entrega a las partes para decidir libremente los acuerdos que deseen, elegir la contraparte, acordar su contenido y formalidades.

En base a este principio se podría afirmar que se puede pactar toda clase de contratos, sean o no de los especialmente reglados por la ley, incluso combinar unos y otros entre sí; atribuir a los contratos que celebren efectos diferentes de los que les atribuye la ley y aun modificar su estructura;

⁴ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. (2005). *Código Civil 1855-2005, Evolución y Perspectivas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, página 210.

alterar, modificar y aun suprimir las obligaciones que son de la naturaleza de un contrato; determinar el contenido del contrato, principalmente su objeto, y la extensión y efectos de los derechos y obligaciones que engendre; fijar su duración; señalar las modalidades que han de afectarles; determinar, entre las legislaciones de los diversos Estados, aquella por la cual ha de regirse el contrato, etc.

Es ello lo que determina que las leyes relativas a los contratos sean, por lo general, supletorias de la voluntad de las partes; sólo se aplican en el silencio de éstas. Y que la misión del juez, en caso de litigio, sea interpretar o restablecer esa voluntad, pero no crearla, ni mucho menos sustituirla por la suya.

Esta autonomía no es, sin embargo, absoluta; tiene sus limitaciones, no pudiendo darse a estos principios el valor de dogmas, dado que, de tiempo en tiempo, son en alguna medida objeto de cuestionamiento.

Además, el propio ordenamiento contempla limitaciones a esta libertad. Desde ya, un límite lo constituyen las disposiciones imperativas, no pudiendo convenir algo que suponga pasar a llevar una prohibición legal, el orden público o las buenas costumbres, estipulaciones que adolecerían de ilicitud, tanto en cuanto a su objeto como a su causa, según resulta de lo

prescrito en los artículos 10, 1461, 1466, 1467 y 1682, todos del Código Civil, y tampoco las partes podrían alterar o modificar las cosas que son de la esencia del contrato que pacten, pues, de hacerlo, éste o no produciría efecto alguno, o degeneraría en otro diferente (art. 1444).

Ello es lo destaca el el profesor De Castro⁵ al sostener que los legisladores franceses inventaron la cláusula de Orden Público con la finalidad de poner un límite a la autonomía de la voluntad que el mismo Código reconocía y protegía, constituyendo un conjunto de normas de rango superior que rigen los pactos entre individuos y que actúa como límite a la autonomía de la voluntad, procurando por esta vía sancionar cualquier vulneración al principio de igualdad o lesión de los derechos fundamentales de los contratantes declarando nulas estas estipulaciones y logrando de esta forma corregir y orientar el pacto y proteger los derechos de la parte más débil. En este sentido, el texto del art. 6 del título preliminar del Código civil de Napoleón que establecía que: “On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs”.

⁵ CASTRO, FEDERICO DE. (1982). “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la Competencia. El Orden Público. La protección del consumidor”. *IV Anuario Derecho Civil*, páginas 1021, 1030 y 1031.

Al respecto cabe destacar que el artículo 1102 del Código Civil francés, recientemente modificado por la ordenanza n° 2016-131 de 10 de febrero de 2016, señala que cada uno es libre de contratar o no contratar, de elegir su contraparte y de determinar el contenido y la forma del contrato dentro de los límites fijados por la ley y sin “derogar” las reglas que interesan al orden público. El texto nada dice sobre las buenas costumbres, pero ello no determina que no pueda ser invocado, ya sea en función del orden público o en aplicación del artículo 6 del mismo código.

En el mismo sentido, si bien la ordenanza no evoca el respeto necesario de los derechos fundamentales, ello no impide que los jueces puedan calificar una cláusula como contraria a la libertad en nombre del orden público francés o convenciones sobre derechos fundamentales.

Por su parte, el artículo 1103 del cuerpo legal en comento consagra el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, en el entendido que, si el contrato está legalmente formado, vale decir, si se respetan las condiciones de validez del nuevo artículo 1128, las partes debe respetarlo, como ellas tienen que respetar la ley. La regla en cuestión evoca lo que para nosotros dispone el artículo 1545 de nuestro Código Civil.

Finalmente, el artículo 1104 impone que los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe, vale decir, explicita algo que ya estaba consagrado, esto es, que la buena fe abarca tanto la fase de negociación como la de formación del contrato, además de la ejecución. Es para nosotros evidente la relación de dicha norma con el artículo 1546 de nuestro Código Civil, debiendo destacar que por mucho que nuestro texto lo refiera a la ejecución, ello no ha sido óbice para que nuestra doctrina y jurisprudencia hayan extendido su ámbito de aplicación a todo el íter contractual.

En todo caso, lo interesante de las modificaciones que la ordenanza en comento introduce al Código Civil francés es que ella contiene disposiciones en relación al deber de lealtad precontractual, siendo el fundamento de distintas reglas jurisprudenciales, tales como la sanción a la ruptura abusiva de las tratativas, la consagración del deber precontractual de información e incluso el reconocimiento de la reticencia dolosa. Sobre el particular, se advierte que estos principios están destinados a facilitar la interpretación del conjunto de las reglas aplicables al contrato, como a la necesidad de llenar las lagunas, funciones que el profesor Daniel Peñailillo

Arévalo⁶ destaca y precisa en relación a los principios generales del Derecho al tiempo de abordarlos en su obra sobre Obligaciones.

ii. LIMITACIONES AL PRINCIPIO.

Por lo demás, el tan mentado principio de la autonomía de la voluntad, que, en la materia que estudiamos, podemos denominarlo “de la libertad de contratación”, se vio fuertemente cuestionado especialmente en el siglo XX, especialmente ante una cuestión tan simple como la de observar que no siempre existe igualdad entre las partes, surgiendo una serie de leyes protectoras y que restringe la idea de absoluta libertad que en alguna medida antaño se propugnaba.

En relación con esto último, es conveniente destacar el surgimiento de una cierta regulación o atenuación de este principio, especialmente como consecuencia del reconocimiento de una verdad, cual es, que no siempre las partes están en un plano de igualdad, lo que determina la intervención de una legislación protectora. Al efecto podemos destacar la existencia de contratos que se rigen en función de la protección de la parte que aparece

⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. (2003). *Las Obligaciones, Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, página 48.

como más débil como lo es en el contrato de trabajo, el trabajador; en el arrendamiento de inmuebles, el arrendatario; en los contratos de “consumo”, el consumidor; en el caso de las sociedades anónimas, el accionista.

El destacado civilista y romanista Reinhard Zimmermann⁷, destaca como algo que caracteriza el desarrollo del Derecho contractual en las últimas décadas, tanto en Alemania como internacionalmente, es el incremento de la legislación de protección de los consumidores que han iniciado relaciones contractuales o que ya han concluido un contrato que es o puede acabar siendo perjudicial a sus intereses, advirtiendo que siempre existe una cierta tensión entre la perspectiva que adopta la legislación de consumo y los principios básicos del Derecho general de contratos, que son la igualdad de las partes y la autonomía privada, siendo claro que el Derecho opta por un enfoque tipológico y concede protección a una de las partes contractuales, la que considera que ocupa una posición débil o de desventaja frente a la otra.

De lo expuesto por este autor, es posible colegir que la protección del consumidor es la manifestación moderna de una preocupación de mucho

⁷ ZIMMERMANN, REINHARD. (2008). El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado, traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas, Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España, 1ª edición, páginas 184 a 186, 239 y 240.

mayor alcance, pues una legislación protectora de una parte débil frente a un clausulado negocial desfavorable tiene un gran pedigrí; se retrotrae a los tiempos del derecho romano, donde, en una primera época, al alero del pretor y de un jurisprudencia creadora, y en una época posterior por obra de la Cancillería Imperial, eventualmente influenciada por nuevas concepciones, surgieron importantes limitaciones al abuso de la necesidad o precariedad en que podía encontrarse una de las partes respecto de la otra en una determinada relación jurídica.

De esta forma, las limitaciones que se establecen de tiempo en tiempo necesariamente se han de vincular con la noción de orden económico y eventualmente en función de las concepciones morales que predominen en la sociedad en un determinado tiempo y momento.

De lo referido se sigue que es innegable el necesario reconocimiento de un cierto grado de libertad a la autonomía de la voluntad en materia de relaciones privadas, pero evidentemente ello no significa que no pueda ser objeto de un control.

En efecto, el autor en referencia destaca que, si bien el Derecho contractual se basa y todavía hoy reposa en la libertad de contratación, no debe olvidarse que siempre se ha reconocido que la libertad contractual no

es un fin en sí mismo, sino más bien es un instrumento de la autodeterminación de quienes desean concluir un contrato.

En función de ello, destaca que hace más de cien años, Rudolf von Jhering aseguraba que no podía concebir un error más terrible que imaginar que el contrato, como tal, tiene derecho a la protección del ordenamiento jurídico, siempre que su objeto no sea ilegal ni inmoral, advirtiendo que dicha afirmación tenía un carácter más prescriptivo que descriptivo, puesto que no se correspondía con la perspectiva que adoptaban los tribunales de la época, ni tampoco los autores al aproximarse al Derecho contractual general. Se trataría de un enfoque que trataba de reforzar el deseo de evitar que el Estado interfiriera en la libertad de crear y ejercer el comercio o la industrial –libertad que acababa de garantizarse con la promulgación de la ley de comercio de 1869-. El control judicial era visto como una forma de control estatal y, por tanto, representaba una interferencia indebida en la esfera privada del ciudadano individual. La esencia del Derecho de contratos, tal y como debía ser plasmada en el Código Civil, debía mantenerse libre de tal interferencia; se debía basar en los principios de libertad e igualdad.

Lo interesante es que dicho planteamiento comenzó a ser cuestionado hacia la mitad del siglo veinte, a partir de una teoría que tomaba en consideración las condiciones para un correcto funcionamiento del mercado conllevaba suponer que si las partes se las arreglan para conciliar sus intereses antagónicos, el equilibrio se aceptará como justo en las circunstancias dadas y si fracasan en ese intento, el contrato no quedará concluido, lo que impediría o descartaría la existencia de contratos “injustos”, esto es, un contrato que no tome en consideración los intereses de ambas partes. Ello es precisamente lo que fue cuestionado.

En efecto, precisa que dicho postulado presupone la existencia de ciertos condicionantes previos y afirma que un contrato no puede ser un instrumento de regulación justa cuando una de las partes no tiene libertad de elección: por ejemplo, cuando no puede arreglárselas sin lo que le ofrece la otra parte, o cuando de cualquier otra forma depende de los bienes o servicios que ésta le debe suministrar. Tampoco el contrato cumple su función normal cuando, por cualquier otra razón, no existe por parte de alguno de los contratantes una valoración correcta y equilibrada de las consecuencias de la transacción. Por tanto, si la comunidad jurídica admite que el contrato es el resultado de la autodeterminación de los dos sujetos,

debe también poder ejercer algún control para que, efectivamente, el contrato pueda ser la realización y expresión de la autodeterminación de ambos contratantes.

Ello es lo que, según este autor explica la legitimidad de las normas especiales sobre contratos de consumo haciendo presente que dichas normas no deben reputarse contrarias a la libertad contractual y a la autonomía de que gozan los contratantes para configurar el contenido del contrato. Por el contrario, ellas deben considerarse un legítimo intento de refuerzo de esa autonomía privada, mediante la puesta a disposición de mecanismos que tratan de impedir la conclusión de contratos –o su ejecución– que no son el resultado de la autodeterminación de ambas partes contratantes. Se trata de normas que contribuyen, de manera esencial, al correcto funcionamiento de una economía de mercado que se basa en la libertad de contratación, pero que sólo pueden considerarse legítimas en la medida que remedian esa falta de autodeterminación del contratante, lo que no es tan simple de concretar pues evidente que, en interés de la seguridad jurídica, el ordenamiento jurídico debe proceder a una tipificación pues no puede intervenir en todos y cada uno de los casos en que exista o vaya a producirse tal alteración.

En este mismo sentido advierte que la ley no debe utilizar criterios indeterminados, como “posición económicamente débil o inferior”, en comparación con la del otro contratante. Y, en particular, la ley no debe poner objeciones al contenido del contrato por el hecho de que las condiciones sean excesivamente gravosas para una de las partes. En concreto, resulta de vital importancia determinar si, por una u otra razón, el contratante no ha podido influir en el contenido del contrato, de tal manera que la comunidad jurídica pueda típicamente aceptar esta situación como representativa de un equilibrio justo de los intereses de ambos contratantes.

De lo referido colige que es perfectamente posible reconocer el riesgo, so pretexto de la defensa del consumidor, entendida como la parte más débil, de dar lugar a una considerable falta de seguridad jurídica. Por eso, se comprende bien que tanto el Derecho europeo como el Derecho alemán hayan optado por la segunda alternativa posible: centrarse en el concepto de “consumidor”. Así, se han esforzado en vincular la aplicación del conjunto de normas a criterios específicos, fácilmente aplicables en la práctica. En otras palabras, han adoptado un enfoque tipológico.

En todo caso, al mismo tiempo, se ha tenido que aceptar el inconveniente inevitable de ofrecer protección a contratantes que no lo

merecen –el profesor de Derecho que compra un libro, el mecánico de coches que adquiere un tubo de escape para su vehículo privado, el director de banco que contrata un préstamo para adquirir su vivienda familiar- y, ocasionalmente, en no ofrecerla a los que sí que la merecen. Tal perspectiva podría tener un aire levemente discriminatorio si se entendiera que con ello se está insinuando que los consumidores desprevenidos y desorientados, no tienen habilidad alguna para concluir un contrato. Colocaría a los consumidores en un lugar muy próximo al de personas con capacidad de obrar limitada o restringida, que necesitan un representante.

De lo expuesto por este autor se sigue que lo que debe presidir todo el Derecho de contratos es el principio de la libertad contractual; pero, al mismo tiempo, un contrato sólo puede ser aceptado por la comunidad jurídica si refleja el derecho de autodeterminación de ambas partes. Tal consideración no puede quedar relegada a una parte especial y separada del Derecho de contratos, sino que debe impregnar el Derecho contractual en su totalidad.

En nuestro medio el profesor Domínguez⁸ precisa que la concepción voluntarista, propia de la concepción filosófica que imperó en el siglo de las

⁸ Domínguez Águila, Ramón. (2012). Obra citada, páginas 35 y 36.

codificaciones, fue severamente criticada, incluso ya en el mismo siglo XIX, citando al efecto las obras de Liebe, Röver, Hardtmann y otros autores alemanes, quienes vinculaban el efecto creador de derechos y obligaciones no con la voluntad, sino que con el orden jurídico positivo. Un cuestionamiento similar surge en Francia, destacando que incluso se sugirió que el fundamento voluntarista en que se basaría la doctrina del contrato, más bien sería el resultado de una lectura a posteriori de las reglas del Código Civil influenciadas por concepciones políticas liberales, puesto que era difícil que los redactores de la legislación napoleónica hayan podido fundarse en filosofías ajenas a las doctrinas de Domat y Pothier, así como del Derecho Romano y que hayan podido imaginar un poder creador de la voluntad humana en el ámbito jurídico, especialmente si se tiene en cuenta que el Código Civil francés recoge las ideas del derecho natural fundado en la razón y no adopta la concepción voluntarista, introducida por la filosofía liberal en época posterior, luego de la influencia que tuvo en Francia la escuela histórica alemana.

El autor en referencia sugiere que las mismas observaciones podrán formularse respecto del Código Civil chileno que en materia de contratos sigue fielmente a Pothier y al Código francés y en cuyas reglas no parece

consagrarse alguna filosofía voluntarista particular y donde la voluntad aparece siempre limitada por las necesidades del orden público, las buenas costumbres y la ley. En todo caso, el autor en comento advierte que las nociones canónicas que sí están presentes en los autores en que se fundaron tanto el Código francés como el nuestro, reconocían la necesidad del respecto de la palabra dada y por lo mismo al efecto que jurídicamente debía tener la voluntad manifestada, por razones de equidad y de justicia.

En este entendido, considera que la voluntad es un elemento esencial del negocio, sin perjuicio de que no pueda dársele toda la importancia que se le ha llegado a atribuir, debiendo reconocerse al individuo su poder de acción, lo que se manifiesta, por ejemplo, al concebirse la libertad de empresa como una garantía constitucional, debidamente resguardada de la intromisión estatal, luego de experiencias políticas y económicas estatistas que hoy se repudian, por significar precisamente limitaciones a la libertad individual; pero, tampoco se pretender que todo lo querido por el individuo haya de ser respetado por los demás, pues ello significaría permitir que los más fuertes se impongan a los más débiles. En apoyo de su prevención, cita a Ihering, quien señaló “sostener que el acuerdo de voluntades es necesariamente justo, es entregar un permiso de caza a los piratas y a los

bandidos, con derecho de presa sobre todos los que caigan entre sus manos”. Al efecto el autor destaca que en los tiempos actuales se advierte en el derecho contemporáneo una adecuada distancia de posiciones extremas y más bien se dirige a reconocer la necesidad de resguardar la actividad económica privada y por lo mismo a la acción jurídica privada y a fijar sus justos límites por la acción estatal, lo que supone un renacimiento del rol de la voluntad, unida a una intervención de la norma objetiva que permita el mejor ejercicio de la libertad mediante el resguardo de una efectiva libre concurrencia.

En un sentido parecido, el profesor Hernán Corral Talciani⁹, destaca que hasta hace uno cuantos años se impugnaba seriamente el sistema de derecho privado basado en el “sacrosanto” principio de la autonomía de la voluntad, y cuya expresión más acabada la encontrábamos en la teoría del negocio jurídico; teoría que fuera elaborada por la doctrina pandectística y que pasara luego a nuestro Código Civil, a través de Savigny, surgiendo una crítica metodológica contra la noción del acto jurídico, y la vigencia real del principio de la autonomía de la voluntad.

⁹ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. (2010). Contratos y daños por incumplimiento. Estudios sobre su régimen jurídico y la responsabilidad por incumplimiento. Legal Publishing Chile, 1ª edición, páginas 29 y 30.

Destaca que se llegó a afirmar que el auténtico factor que había permitido el alumbramiento del negocio jurídico en la doctrina científica, había sido el esquema capitalista vigente en la época de la pandectística.

En concreto, se advertía que sistema económico liberal habría exigido la creación de un instrumento jurídico apropiado para hacer triunfar los intereses de la clase dominante, encontrándolo en la figura del negocio jurídico, concepto que, no sería más que un engaño a través del cual la prepotencia burguesa ilusiona al proletariado, haciéndole creer que puede ser “parte en iguales condiciones” de una contratación “libre”: en verdad pura fantasía, rechazable por un jurista preocupado por la defensa de los más débiles y los marginados.

En concordancia con estas ideas, destaca que en el ámbito anglosajón se llega a proclamar la “muerte del contrato” como consecuencia de la caída de las concepciones liberales del laissez-faire y de la transición del individualismo “to the welfare state and beyond”.

Pero, este mismo autor destaca que en un espacio de tiempo muy breve, la perspectiva del panorama social, económico y jurídico pareciera haber sufrido transformaciones sustanciales. En efecto, desde los más diversos sectores ideológicos se sugiere la necesidad de reforzar la libertad

económica, de proteger la iniciativa privada, de estado subsidiario, de privatizaciones, de eficiencia, lo que en alguna medida se tradujo, en el plano jurídico, en el florecimiento de los contratos, y no sólo los tradicionales sino nuevas formas de acuerdos negociales que se originan en la creatividad de los particulares para proveer a la satisfacción de intereses múltiples y variadísimos.

El autor recién citado considera que esta expansión de la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, como fundamento para la recepción en el ordenamiento de formas novedosas de contratación, es bastante más amplia de lo que, a primera vista, podría parecer. Figuras contractuales no tradicionales surgen, asimismo, como formas de obtener o hacer más ágil el financiamiento y el crédito.

En este escenario el contrato de leasing, en sus diversas modalidades (operacional, inmobiliario, financiero, lease back), se presenta como un instrumento comercial cada vez más utilizado para permitir el goce y adquisición de bienes (desde maquinarias hasta viviendas), dando lugar incluso a formación de empresas dedicadas al rubro.

Lo interesante para este trabajo es que, en concepto del profesor Corral, la proliferación de nuevas formas de contratación, puede ser utilizada, sea para vulnerar normas imperativas o prohibitivas de orden público y en dicho entendido sugiere como ejemplo las dudas que se plantean en relación al leasing financiero o también en el lease back en orden a una eventual forma de eludir normas sobre interés máximo convencional o para disfrazar negocios simulados en perjuicio de terceros; o bien para amparar un fraude a la ley. En el mismo sentido, advierte que la figura del lease back, en que se vende un bien mueble o raíz, permaneciendo el vendedor como arrendatario del bien y con opción de recomprarlo, puede ocultar un contrato de mutuo con garantía propietaria o hipotecaria en los que se transgrede la prohibición de la lex commissoria que nuestro Código Civil contiene en sus arts. 2397 y 2424 para la prenda y la hipoteca.

Al mismo tiempo, destaca que la estandarización de los contratos aplicables a consumidores masivos conduce al peligro de la aplicación de cláusulas abusivas, por las cuales una parte obtiene una ventaja exclusiva que entraña un desequilibrio en los derechos y obligaciones recíprocos.

Frente a estos eventuales abusos, postula que debe reafirmarse que en el campo jurídico, y particularmente en el contractual, la libertad no

puede ser un valor consagrado per se, sino siempre para un bien mayor, sirviendo a la persona, respetando su autonomía, pero también preservándola de los ataques que ella misma recibe por quienes exageran el ejercicio del actuar libre. La libertad sin sentido, sin referencia valórica, puede conducir a la peor de las tiranías.

En este mismo orden de ideas, considera que el rescate y la defensa que se ha hecho de la autonomía de la voluntad como principio rector del sistema de derecho privado, y la revalorización del negocio jurídico y del contrato como figuras idóneas para regular la circulación de la riqueza y la prestación de bienes y servicios, no puede hacer olvidar que ellas deben enmarcarse en un sistema, esto es, en un conjunto orgánico y coherente de criterios, normas y principios, que permitan que en las relaciones privadas cada uno reciba lo suyo, esto es, lo justo. Si se pierde este referente, es fácil que la autonomía de la voluntad se convierta en un instrumento de extorsión y de opresión, incluso más perjudicial que la consagrada por sistemas políticos y económicos hoy repudiados.

De esta forma, estas nuevas modalidades contractuales requiere eventualmente de cierto grado de regulación legal, pues evidentemente no es suficiente con la tipificación social que algunas de ellas ya tendrían, y que

han surgido de la costumbre, los usos, la jurisprudencia y la misma doctrina científica, por lo cual dicha regulación legislativa debería centrarse en aquellos aspectos en que los nuevos contratos planteen problemas complejos de difícil solución por la vía jurisprudencial o de las costumbre comerciales.

La otra alternativa es confiar su regulación a la doctrina y la jurisprudencia, pero sin duda es una labor que exige disponer de juristas y jueces prudentes, con sólida formación y fina sensibilidad, que sepan deducir del sistema jurídico criterios adecuados que mantengan la seguridad jurídica y hagan prevalecer la justicia.

En relación a esta labor, precisa que hay más que un instrumento que pueda ser considerado para afrontar los desafíos de los nuevos contratos y que correctamente utilizados podrían ayudar al establecimiento de soluciones razonables. Al efecto destaca:

1°. Por de pronto, debe recordarse que jamás el Código Civil, como tampoco el Código de Comercio, han pretendido contener una regulación completa y exhaustiva de todos los contratos posibles. Sólo se regulan, como es conocido, aquellos que la historia jurídica desde los romanos ha consagrado como los tipos fundamentales de la contratación privada. Cita al efecto el artículo 1545 en relación con los artículos 1560 y siguientes.

2°. Si la intención de los contratantes no es determinante, el juez debiera intentar calificar el contrato en alguno de los tipos contractuales reglados. Es de notar que muchos de estos contratos atípicos pueden ser concebidos como combinaciones de contratos típicos; así, el mismo contrato de leasing puede ser entendido como un arrendamiento de cosa con un contrato de promesa unilateral de compraventa,

3°. En todo caso, si no puede reconducirse a un tipo legal, puede utilizarse el tipo social, es decir, el que los usos, las costumbres sociales, la jurisprudencia o la doctrina científica han elaborado para un contrato innominado.

4°. Por último, cabe recurrir a la analogía, buscando los tipos contractuales más cercanos a la figura analizada, y también a la equidad contractual manifestada en las normas generales del ordenamiento y especialmente en los principios de carácter constitucional.

Profundizando lo anterior, precisa que, para decidir sobre la nulidad o validez de los contratos, y sobre todo para impedir que a través de los contratos atípicos se acojan fraudes a la ley o desequilibrios y abusos manifiestos, deben tenerse en cuenta otras consideraciones, a saber:

1°. Se hace necesario destacar la importancia de las disposiciones del Código Civil que regulan los “actos o declaraciones de voluntad”, complementadas por las disposiciones de los arts. 96 y siguientes del Código de Comercio, y los requisitos que se establecen para que una persona pueda resultar legalmente obligada respecto de otra. En particular, es menester subrayar que el contrato atípico debe tener una causa, pues sin ella no podría producir obligaciones. Igual importancia debe otorgarse a la finalidad de la causa y también al objeto.

2°. En relación con lo anterior, el concepto de orden público como límite de la autonomía de la voluntad, debería ser destacado a la hora de juzgar la validez de contratos que en apariencia inocuos pueden entrar a burlar principios generales del ordenamiento. Por ejemplo, los que se refieren a los límites del interés del dinero, o de los que prohíben el pacto comisorio en los negocios de garantía, como la prenda y la hipoteca.

Finalmente, el profesor Mauricio Tapia¹⁰ precisa que frente a los importantes cambios experimentados por la sociedad, es posible advertir una reacción en el derecho privado frente a ellos, que afectó a la autonomía privada mediante la aparición de órdenes públicos económicos de protección

¹⁰ TAPIA, MAURICIO.(2005). Obra citada páginas 210 a 214.

y de dirección, destacando que durante el segundo y tercer cuarto del siglo XX las intervenciones estuvieron marcadas fuertemente por el dirigismo contractual, como ocurrió por ejemplo con la legislación laboral, pero que en los últimos treinta años, sin embargo, la preocupación ha sido más bien de asegurar, por normas de orden público de ordenación, el funcionamiento del mercado, corrigiendo sus distorsiones mediante reglas que garantizan la libre competencia. En este sentido, advierte que un movimiento inverso al dirigismo, reforzando el carácter obligatorio del acuerdo de las partes, es perceptible en el derecho positivo contemporáneo, lo que sería un testimonio de que los principios del Código Civil (libertad, igualdad, etc.) están permanentemente en conflicto con el sistema jurídico.

El autor en referencia sugiere la existencia de dos tendencias un tanto contradictorias, pues, por una parte, es posible reconocer normas que refuerzan el principio de la autonomía y otras que limitan la autonomía privada, mediante las nociones de orden público. En cuanto a las primeras, destaca la Constitución, las regulaciones económicas y la jurisprudencia en materia de intangibilidad de los contratos. Por su parte, en cuanto a los límites a la autonomía privada, esto es, el orden público y buenas costumbres, precisa que el primero ha tendido a expandirse por medio de

leyes “económicas” y, por su parte, las buenas costumbres mutaron el sentido que originalmente le asignaba el Código Civil, adquiriendo utilidad para limitar el principio de la autonomía de la voluntad cuando éste se encuentra desvirtuado por el abuso de la posición de uno de los contratantes, lo que podría ocurrir cuando redacta condiciones generales de contratación abusivas.



CAPÍTULO II
CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE LA ATIPICIDAD
CONTRACTUAL

i. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD. NOCIONES BÁSICAS Y PERTINENTES.

El mentado principio de la autonomía de la voluntad o de libertad contractual impone el necesario reconocimiento de celebrar contratos, ya sea que éstos se encuentren regulados y estructurados por el ordenamiento, o se trate de contratos que no estén regulados. Es más, el reconocimiento de la libertad contractual se expresa con mayor intensidad en la existencia de contratos no regulados por el Derecho, que no están previstos dentro de los tradicionales tipos contractuales.

Por lo demás es de suyo reconocer o destacar que las creaciones contractuales de particulares son totalmente coherentes con el carácter abierto de los derechos personales, que los distingue del número “clausus” de los derechos reales.

Por otra parte, la actividad de clasificación es elemental en cualquier ciencia y ello no es ajeno al derecho. Por medio de la calificación lo que se

busca es ubicar a un determinado contrato en una categoría preestablecida y así determinar su regulación, lo que resulta muy útil en el evento de escasa regulación por las partes, pero también en función de la aplicación de reglas imperativas o prohibiciones.

En función de distintos criterios se clasifican los contratos, agrupándolos en categorías, respecto de muchas de las cuales es posible cuestionar su utilidad, cuestión que escapa en todo caso al objeto de este trabajo, pues solo nos limitaremos a analizar una de ellas, esto es, aquella que considera como base su falta de regulación legal.

Al respecto lo primero que queremos destacar dice relación con la nomenclatura. En efecto, son dos las formas que se suelen utilizar para designar esta clasificación.

Una forma es referirse a los contratos innominados y otra es hablar de contratos atípicos. Algunos parecieran utilizar estas expresiones como sinónimos, pero estrictamente hablando ello no resulta correcto, como tampoco es correcto entender como innominado al contrato que carece de nombre propio. En todos casos, en ambos casos, se trata de un concepto negativo, son aquellos que no se encuentran regulados, sin perjuicio que ello

tenga que ser matizado, según tendremos ocasión de advertir al tiempo de distinguir la tipicidad legal de la social.

Al efecto, esta categorización tendría sus antecedentes en el derecho romano clásico pues Ulpiano, citado en el Digesto de Justiniano, aparece empleando la expresión contratos innominados (D., 2, 14, 1 y 7). Este jurista romano, que por lo demás es el más citado en el Digesto, enseña la existencia de dos clases de contratos. En una primera clase estarían los que poseían nombre propio según el Derecho (*proprium nomen contractus*), no importando que lo fuese por Derecho Civil estricto o por Derecho Pretoriano. En una segunda clase estaban las convenciones u operaciones nuevas (*nova negotia*), las que con independencia de poseer un nombre se destacaban tanto por no contar con una acción nominada para exigir el cumplimiento del contrato como por su estructura, esto es, se exige que una de las partes haya entregado a la otra una cosa o realizado una prestación en favor de ella, para que ésta quede obligada, pero que, a diferencia de los denominados contratos reales, la contraprestación no consiste en la devolución misma de la cosa, sino que es siempre de naturaleza distinta a la de la prestación previa del acreedor, que es la que sirve de causa.

Conviene, en todo caso, tener presente que los juristas clásicos no construyeron una noción abstracta y unitaria del contrato, pero sí regularon particulares contratos a los que el derecho reconoció el efecto de producir obligaciones civilmente exigibles, dotando a las partes de acción para exigir su cumplimiento.

Escapa al objetivo de este trabajo el analizar la importancia de esta distinción en la lógica del sistema jurídico romano, pero en concreto tampoco creemos que se trate de una terminología adecuada pues, como ya se sugirió, conduce a confusiones pues los contratos que vinculamos con esta categoría tienen normalmente un nombre, en muchos casos en idioma inglés, siendo más apropiado utilizar la nomenclatura que se vincula con su tipificación, sin perjuicio que también respecto de esta última sea necesario formular ciertas precisiones.

En efecto, la denominación o distinción entre un contrato típico y uno atípico también presente matices. La atipicidad puede ser considerada desde distintas perspectivas, especialmente en un sistema legalista, como en teoría sería el nuestro.

Ocurre que no son pocos los contratos que se celebran cotidianamente y que no cuenta con una verdadera tipificación legal, pero

de lo que podríamos denominar una suerte de tipificación social, o bien algunos contratos cuentan con una escasa o muy limitada tipificación social, pero en cambio gozan de tipificación legal.

Ello no es el caso de los contratos que regula el Código Civil chileno, pues todos eran, a la época de la codificación figuras con intenso uso social y con una regulación “legal” importante, sin perjuicio que es posible reconocer que algunos de ellos han ido perdiendo protagonismo en la vida económica, cayendo en desuso, como ha ocurrido con la anticresis, el censo y la misma prenda civil. En cambio, otros están plenamente vigentes, sin perjuicio de que aún respecto de ellos, parte de su regulación esté fuera del mismo código, como ocurre con el arrendamiento de inmuebles, el mutuo cuando el objeto del mismo es dinero, el depósito de dinero y el mismo contrato de compraventa cuando se da en el contexto de las denominadas relaciones de consumo.

De esta forma es posible encontrarnos frente a un contrato atípico desde el punto de vista de regulación legal pero típico desde el punto de vista de su uso en el tráfico jurídico. Es precisamente lo que ocurre o está ocurriendo con el *leaseback* y que en algún sentido todavía ocurre en nuestro país con el leasing en sus diversas modalidades.

Al respecto, el jurista argentino Ricardo Lorenzetti¹¹ sugiere que los modelos contractuales que surgen de la tipicidad están en un punto crítico, ya que su uso ha disminuido considerablemente en la actividad económica, que se organiza en base a criterios disímiles a los previstos en la ley.

De esta manera, el orden y la programación contractual que ideó el legislador decimonónico, tan detallista y rígida, pensada para guiar el desarrollo económico, ha sido sustituida por los nuevos modelos surgidos de la costumbre, la legislación especial y la voluntad de los particulares, que se han constituido en la vanguardia innovativa, reconociendo que la unidad interna de cada tipo ha explotado al ritmo del surgimiento de una enorme cantidad de variaciones dentro de cada contrato.

Para cerrar, este suerte de primer problema que presenta la caracterización de un contrato como atípico, es de suyo necesario destacar que figuras atípicas pueden “convertirse” en figuras típicas y ello puede explicarse, ya por una decisión de incorporar nuevas formas contractuales para incentivar determinados mercados, o bien como una suerte de reacción por los cuestionamientos que respecto de un determinado contrato atípico

¹¹ LORENZETTI, RICARDO. (1996). “Contratos modernos: ¿Conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual”. *Revista AEU.*, vol 82, n° 1-12, ene./dic. 1996, páginas 33 a 48.

se generen, o bien, atendido su utilización por los operadores del mercado, resulte necesario un reconocimiento legal para su tratamiento fiscal, especialmente por razones impositivas.

Volviendo al origen de estos contratos, y siguiendo al profesor Lorenzetti, muy probablemente la principal razón que explica la existencia de los contratos atípicos es la necesidad de responder a nuevas necesidades pues evidentemente el Derecho no es algo estático y con una pretensión de generalidad que difícilmente permitiría que las partes siempre encontrarán en las figuras típicas el “traje a la medida” y por ello es posible que tenga que crearlo. Es más, es posible advertir en la “evolución” de las instituciones del Derecho privado. El hecho de que lo hacen adaptándose o moldeándose a los requerimientos de la vida económica.

En este sentido, y así lo advierte el profesor Javier Arce Gargollo¹² la adición o inserción de cláusulas, pactos y condiciones a los contratos típicos suelen tener el efecto práctico de que, con la utilización de un tipo contractual se resuelve una situación nueva que no se ajusta exactamente al marco del contrato típico, constituyendo lo que se conoce como elasticidad

¹² ARCE GARGOLLO, JAVIER. (2005). “El contrato atípico en el orden jurídico mexicano, Derecho Privado”, *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Coordinador Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, México, páginas 149 a 172.

de los tipos legales. En este entendido, se pregunta ¿hasta dónde puede considerarse que una compraventa con reserva de dominio sigue siendo una compraventa.

Al respecto, Lorenzetti, refiere que la compraventa, prototipo de modelo legal del contrato de cambio, es la tipología más clara y la que más ha resistido las erosiones del tiempo. En efecto, en la época de la codificación se tomó como base la compraventa de contado, el comprador busca ser propietario de lo que pagó. Hoy predomina la venta a crédito, en la que el vendedor busca una garantía del pago del precio, razón por la cual se devalúa el rol de la transmisión de la propiedad y se realza la importancia de la garantía. En el siglo XIX se pensaba que asegurando la transmisión de la propiedad habría más compraventas; hoy esta función se da en relación a las garantías.

Por su parte, los individuos se refieren muchas veces a la venta sin querer transmitir la propiedad, porque es costoso hacerlo, o por su caducidad tecnológica, razón por la cual ha surgido lo que los empresarios llaman "la venta de uso de las cosas". Así se prefiere comprar el uso de los inmuebles, automotores, computadoras, maquinarias, antes que su propiedad, dando

origen a numerosas relaciones que participan de la locación y de la compraventa, como por ejemplo el leasing y el tiempo compartido.

De esta forma "la compraventa" deja lugar a "las compraventas" y a muchas formas mixtas de entrecruzamiento de finalidades económicas.

El mismo autor destaca la proliferación de los vínculos atípicos y la tipicidad social. En efecto es necesario reconocer el surgimiento de combinaciones de elementos de distintos tipos legales, nuevas formas, contratos que cumplen varias funciones, al punto tal que cabría pensar que la excepción se ha convertido en la regla. Se trata de uniones de contratos en las que los objetivos económicos se alcanzan no ya mediante un contrato, sino de varios utilizados estratégicamente en función de un negocio o en redes que forman sistemas, lo cual propone la necesidad de un concepto de finalidad económica supracontractual.

Lo último, tal como también lo refiere el profesor Corral Talciani¹³, es advertir la celebración masiva de contratos de consumo, de distribución comercial, de servicios, que desarrollan redes de contratos vinculados que constituyen un supuesto de hecho imprevisto para el legislador del Código.

¹³ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. (2010). Obra citada, página XX.

El profesor Lorenzetti advierte que esta realidad no ha sido ignorada por la ciencia jurídica, pues desde que se adjudicaron efectos a la autonomía privada como *causae obligandi*, hubo que admitir formas anómalas respecto de los tipos legales. Así surgieron, en la teoría de los contratos, los vínculos atípicos que combinan distintos elementos del tipo; luego hubo que admitir la tipicidad social; luego el negocio indirecto que toma al contrato típico como un instrumento para lograr una finalidad distinta de la que previó el legislador.

Estos conceptos receptaron nuevos vínculos como "excepciones" a la regla de la tipicidad, y fueron consentidos como "un síntoma de la transición" en el sentido de que la actividad comercial va por un camino distinto del que prevé el ordenamiento. Sin embargo, la costumbre muestra que la excepción se transformó en regla, predominando la atipicidad.

De lo expuesto se colige que determinar o calificar a un contrato como atípico es algo complejo. Al respecto se suele conceptualizar la calificación de un contrato como la operación a través de la cual se tiende a identificar a qué tipo pertenece. De esta forma se trataría de un juicio de subsunción, ya que se trata de una suerte de comparación con las

clasificaciones del derecho contractual, para determinar sus coincidencias y diferencias, y aplicarles sus normas.

En este sentido, el profesor Lorenzetti sugiere que creatividad lícita de la autonomía privada ha provocado algunos quiebres en el esquema de clasificación existente, sea legal o social. La férrea identidad entre tipicidad y finalidad económico-social se fractura en virtud de que hay contratos que pueden cumplir funciones diversas y otros que son usados como instrumentos de finalidades distintas de las que realmente tienen, produciéndose deformaciones del tipo.

De esta forma es posible y necesario distinguir respecto de los contratos atípicos distintas clases. Así, el autor en referencia precisa que un negocio jurídico bilateral es calificado como típico, cuando es un supuesto de hecho que encuadra perfectamente en la descripción legal o social, sin apartarse en las finalidades. El apartamiento del tipo se configura cuando la desviación es suficiente como para hacer perder al contrato su fisonomía o hace inoperante su causa típica. Por su parte, el contrato atípico puede ser calificado como atípico puro cuando es obra de las partes sin referencia a ninguna previsión típica, cuyo principal problema es su admisibilidad, pero no de calificación, ya que no se adapta a ninguna categoría.

Otra cosa es la que ocurre con los contratos atípicos mixtos, pues en relación a ellos es posible reconocer una serie de posibilidades intermedias que constituyen modificaciones parciales del tipo y que el actor concreta en las siguientes posibilidades:

A) Prestaciones principales y accesorias pertenecientes a distintos tipos. Son aquéllos en que hay un tipo básico con una o más prestaciones accesorias, que pertenecen a otros tipos. Por ejemplo, cuando se celebra una locación de un departamento con servicios de calefacción, incinerador, etc. O cuando se celebra un contrato de depósito con servicios de lavado, o viceversa, se lleva un automóvil a lavar, y hay una obligación accesoria de custodia.

En ellos, la finalidad económica del contrato puede ser de cambio o de custodia, pero accesoriamente hay obligaciones de hacer que pertenecen a la locación de servicios.

En estos vínculos la calificación corresponde a la que surge de la finalidad principal y resulta aplicable la teoría de la absorción, puesto que, existiendo un elemento preponderante, se pueden aplicar las normas del contrato típico principal.

Es conveniente aclarar que las obligaciones accesorias o deberes secundarios de conductas, pertenecientes a otro tipo, si bien tienen una accesoriadad típica, pueden tener una importancia mayor a la hora de solucionar un caso, si es ésa la obligación incumplida

B) Prestaciones principales pertenecientes a distintos tipos. En estos supuestos existen varias prestaciones principales que corresponden a distintos contratos. Por ejemplo, la pensión en la que se promete alojamiento y comida, o el contrato de portería, que puede incluir contrato de trabajo y de locación de cosas, o el alquiler con opción de compra.

Se los suele denominar "dobles" porque el contrato encaja en dos tipos distintos, sin que pierda su propia individualidad. Por ello se aplica en estos casos la teoría de la combinación, que permite al Juez construir las normas aplicables al caso, tomando elementos de ambos tipos contractuales aplicables.

Para determinar las normas aplicables a los contratos típicos, se han ensayado las conocidas teorías de la absorción, extensión analógica y combinación.

Todas parten de tomar en cuenta un tipo contractual, como la compraventa o la locación, y si la relación jurídica tiene un elemento

preponderante de la compraventa se aplica este tipo, conforme la teoría de la absorción. En un grado más tenue se aplica por vía analógica y no directamente, mientras que la última teoría, descompone tanto la compraventa como la locación para armar un nuevo contrato en función del supuesto de hecho.

Luego de desarrollar estas teorías, casi todos los autores llegan a la conclusión de que son insuficientes.



ii. CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS NEGOCIOS JURÍDICOS INDIRECTOS.

En este punto, es interesante la existencia de lo que podría denominarse como teoría del negocio jurídico indirecto, que evidentemente se vincula o es una consecuencia de la tipicidad-especial. En efecto, si hay un tipo legal o social, que establece una finalidad típica, el negocio jurídico indirecto se produce cuando para la obtención del resultado que quieren las partes se utiliza al negocio típico como un medio, apartándose de la finalidad típica. En cambio, si no hubiera un negocio típico, no habría desviación de la finalidad.

Así, dos partes pueden celebrar un mandato que es un contrato típico, cuya finalidad típica es el encargo de actos materiales a otro. Sin embargo, en este caso, la finalidad no es encargar algo, sino obtener una garantía, haciéndose un mandato irrevocable. Este último es un negocio indirecto porque utiliza un contrato típico, pero con otra finalidad.

Dos partes celebran un contrato de compraventa, cuya finalidad es la transmisión de la propiedad a cambio de un precio, anexándole un pacto de retroventa, en virtud del cual el vendedor puede recuperar la cosa vendida. Desde el punto de vista económico, el vendedor entregó la cosa y el comprador pagó el precio. Desde el punto de vista de las partes, puede suceder que lo que se haya querido hacer es un préstamo: el "comprador", prestó dinero (precio) y obtiene como garantía la propiedad que le es vendida por el tomador del préstamo-vendedor. Cuando termina de pagar el precio, puede recuperar la cosa vendida. De este modo, la compraventa tiene una finalidad típica: cambio de la cosa por un precio, que es cambiada en el caso: préstamo de dinero.

La doctrina del negocio indirecto surgió precisamente para determinar si en estos casos, al cambiar las partes el destino típico de los contratos, se pretendía con ello lograr algo que el ordenamiento no permitía,

que fue, como veremos más adelante, lo que se estableció en relación al uso del pacto de retracto.

En todo caso, lo interesante es que hoy nos encontramos ante un número no menor de contratos en los que recurriéndose al uso de una suerte de conjugación de formas típicas en función de fines que no se corresponden a los de cada una de ellas.

El profesor Lorenzetti describe este fenómeno aludiendo a una suerte de finalidad supracontractual. En ella, las finalidades económico-sociales son distintas o más amplias que las que existen en los contratos social o legalmente típicos, de modo tal que es tos últimos son usados instrumentalmente para lograr aquellas.

Así, en el caso del *leaseback* es posible reconocer el uso de tres contratos (compraventa, arrendamiento y promesa u opción) que se conectan en función de que uno de los contratantes, que hace las veces de vendedor-arrendatario-promitente comprador-, recibe en apariencia un dinero como consecuencia del contrato de compraventa, pero no por ello se desprende del uso del bien, que retiene a título de arrendatario.

En realidad, la finalidad o causa concreta que opera como factor de conexión es el financiamiento al cual recurre quien figura como vendedor y

que concede quien figura como comprador. En este enjambre de contratos, la transferencia del dominio del bien opera como una forma de garantizar el crédito.

De esta forma, mediante la conexión de contratos se logra algo que quizás no se puede realizar normalmente a través de las figuras existentes, lo que eventualmente está determinado por razones de protección de un equilibrio contractual.



CAPÍTULO III

BREVE REFERENCIA AL SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES EN EL DERECHO ROMANO

i. ESCENARIO FÁCTICO.

El comercio en Roma ya presentaría un importante grado de intensidad en el siglo IV a.C. Es más, la existencia en la Ley de las XII Tablas de limitaciones al interés y las no pocas leyes posteriores que los regulan o las que sancionan el cobro de intereses superiores a los legales, demuestran la importancia de las operaciones de crédito desde muy temprana época, el desarrollo de garantías para los acreedores y el surgimiento de limitaciones tendientes a cautelar la situación de los deudores. En todo caso, García Garrido¹⁴ destaca que, independientemente de las regulaciones que existían, numerosas eran las artimañas y recursos para eludir las prohibiciones, como eran documentar mayores cantidades de las efectivamente entregadas o incrementar las deudas con intereses sobre los intereses vencidos.

¹⁴ GARCÍA GARRIDO, MANUEL. (2010). *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*. Madrid: Dykinson S.L., página 95.

En este orden de ideas, Fritz Schulz¹⁵ destaca que en los primeros tiempos de Roma la forma principal de crédito era el crédito personal puro (con o sin fiadores) y no el crédito real, ello en función de que la denominada fides romana, el afán de exactitud, la honradez y la seriedad en los negocios, eran los firmes pilares en que se apoyaba dicha forma de crédito, unido a la severidad del tratamiento del deudor que no cumplía con sus obligaciones crediticias, que autorizaba incluso su venta como esclavo, siendo de esta forma la persona del deudor la principal garantía y lo mismo ocurría en el caso de recurrirse a fiadores. Este mismo autor advierte que los capitalistas que deseaban invertir su dinero en tierras, preferían comprar éstas a prestar con hipoteca al propietario de las mismas, afirmando que la garantía real solamente se utilizó dentro de muy estrechos límites a fines del primer siglo después de nuestra era y, que, si bien en tiempos posteriores pudo haber incrementado su uso en virtud del mayor desarrollo del Derecho, los capitalistas siguieron prefiriendo la compra de tierras a colocar su dinero en hipotecas. Sin perjuicio de ello, afirma que el crédito real se desarrolló lenta e imperfectamente en la vida económica romana y que la historia del Derecho romano referente a la garantía real, ofrece estas mismas

¹⁵ SCHULZ, FRITZ. (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch, páginas 382 a 408.

características de deficiencia y lentitud, caracterizando al derecho republicano de garantías reales como pobre.

Sin perjuicio de tan lapidaria crítica, para los efectos de este trabajo, solo se explicará el surgimiento de las garantías reales y su relación con la *lex commissoria*. De esta forma, solo abordaré las más conocidas garantías reales, transitando desde el traspaso de la propiedad que exige la fiducia, a la entrega y traspaso de la posesión *ad interdicto* que opera en la prenda, hasta llegar a la ausencia de traspaso de la propiedad y de posesión como ocurre con la hipoteca, que en su origen surge como una variante o modalidad de prenda, cuya utilidad es innegable en relación con la venta en que el pago del precio o parte importante de este quede pendiente, como una suerte de pacto de reserva de hipoteca, por medio de la cual el vendedor se reserva el derecho a vender la cosa en el evento del incumplimiento por parte del comprador del pago del saldo de precio adeudado o a readquirirla. Al respecto es posible describir el devenir de las garantías reales como un proceso de progresiva espiritualización.

ii. LA FIDUCIA CUM CREDITORE.

En un primer tiempo, los acreedores recurrían a la fiducia cum creditore, figura que, tomando en consideración las explicaciones Guzmán Brito¹⁶, podemos caracterizar como un contrato formal y real al mismo tiempo, que consiste en la transferencia que el dueño de una cosa mancipi, fiduciante, hace a un fiduciario, mediante mancipatio o in iure cesio, contrayendo este la obligación de comportarse de determinada manera con la cosa y frecuentemente de restituir el dominio, mediante una remancipatio o in iure cesio, tomando el nombre de fiducia cum creditore cuando mediante ella se busca garantizar una obligación propia del fiduciante o de un tercero en favor del fiduciario, que es el acreedor. En la práctica, ella aparece como un negocio paralelo al convenio sobre el préstamo mismo, que determina la transferencia de la propiedad, pero sujetándola a una suerte de pacto de retroventa. Esta figura ofrece evidentes ventajas para el acreedor, quien no es solo un mero tenedor del bien que se da en garantía, sino que queda como dueño, con todas las ventajas que ello supone.

¹⁶ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. (1996). *Derecho Privado Romano*. Vol. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, páginas 108 a 109.

Las partes, mediante pactos o leges privadas podían alterar los efectos que se seguían al no cumplimiento de la obligación. Uno de esos pactos, podría ser el commissorio, que evidentemente mejoraría la situación del acreedor fiduciario, pues en caso de no pagar el deudor en el plazo convenido, el efecto del pacto era que la propiedad traspasada se consolidaba en el patrimonio del acreedor al convertirse este en propietario absoluto de la cosa dada en garantía, tan pronto como venciera la deuda. Lo interesante para los efectos de este trabajo es que por decisión del emperador Constantino, en el siglo IV d.C., este pacto quedó vedado para las garantías y se mantuvo en la compraventa en favor del vendedor con la finalidad de recuperar la cosa vendida frente al incumplimiento del comprador.

En relación a esta *lex commissoria*, Nasser Olea¹⁷ considera que, no obstante ser una institución que aparece en las fuentes a propósito de estos dos tipos negociales, en lo fundamental se vincula con la compraventa y que en su relación con las garantías reales es muy poco precisa y que ello se explicaría en función de que, al momento de la creación del Digesto, la *lex commissoria* del *pignus* había sido prohibida. Al respecto, me atrevería a

¹⁷ NASSER OLEA, MARCELO. (2010). *Asimilaciones a la compraventa en el Derecho Romano*. Santiago: Legal Publishing Chile, páginas 129 y 130.

sugerir que la misma razón que motivaría la escasa referencia a la *lex commissoria* en su relación con la prenda e hipoteca, explica que no exista un texto que vincule la *fiducia cum creditore* con la *lex commissoria*. En base a este mismo antecedente podría sugerirse que, muy probablemente en algunos casos el deudor se reservaba el uso y goce la cosa, transmitiéndose la nuda propiedad. En todo caso debo reconocer que es una tesis muy aventurada y que no se condice con las fuentes que sólo recogen la *traditio ficta* en una época muy tardía. También pesa en contra de mi afirmación la falta en dicha época de un adecuado sistema registro o publicidad que necesariamente supone una garantía con retención del bien en poder del deudor o del constituyente, como ocurre precisamente hoy con la hipoteca y las denominadas prendas sin desplazamiento. En efecto, ello podría perjudicar a los terceros, pues ante el desconocimiento del traspaso de la propiedad, podrían formarse un falso concepto de solvencia del deudor, unido a que éste podía también, por tener la cosa aparentemente entre sus bienes, celebrar el mismo negocio, *fiducia* y *precario*, con respecto al mismo objeto, pero con diversos acreedores, sin perjuicio de que también afecta al acreedor en cuanto pretenda hacer valer su dominio. En este sentido, una situación semejante, esto es, un evidente problema de publicidad, es el que

se presenta con algunos supuestos de tradición sobre cosas muebles contemplados en el artículo 684 de nuestro Código Civil y la oponibilidad de la misma frente a terceros, especialmente en función de la solución que el mismo código formula, respecto de la venta de una misma cosa a dos personas, en su artículo 1817.

iii. LA PIGNORIS DATIO.

Por una serie de inconvenientes que se pueden sugerir respecto de la enajenación con pacto de perjuicio, la mayor parte de ellos en perjuicio del deudor, surge la prenda o pignus en sentido restringido o pignoris datio. En esta segunda forma de garantía real el deudor garantizaba al acreedor, entregándole, no ya la propiedad como en la fiducia, sino solo la tenencia de una cosa, evento en el cual el pretor le confiere al acreedor ciertos derechos y acciones para asegurar que la cosa permanezca en su poder hasta que le sea pagada la deuda. Es de suyo destacar que para algunos romanistas esta forma de garantía sería anterior a la enajenación con pacto de fiducia o habría coexistido con ella.

En este contexto, debemos destacar que, en un primer tiempo las partes podían introducir la *lex* o pacto commissorio, en virtud del cual estas

acuerdan que, una vez constituido en mora de pagar el deudor, el pignoratario se hará dueño de la cosa pignorada, de forma tal que, si este último decide vender con posterioridad la cosa que originariamente le había sido pignorada, nada tiene que restituir al pignorante a modo de superfluum, pero la obligación garantizada queda extinguida. Guzmán Brito¹⁸ precisa que, con relación a la prenda dada, la incorporación de la *lex commissoria* determina que estemos frente a una venta de una cosa con pacto de poder recomprarla después por el mismo precio el vendedor al comprador, de suerte que la cantidad prestada funciona como precio de venta, y la dación en prenda, como entrega de la cosa vendida; a su vez, la devolución del dinero funciona como pago del precio de recompra, y la de la prenda, como entrega de la cosa revendida. Destaca, además, que este acuerdo puede celebrarse bien al concluirse la operación de préstamo garantizado con prenda, bien después. En ambos casos, vale como compraventa condicionada a que no se pague el precio. En similar sentido, Nasser Olea¹⁹ considera que existen algunas huellas en las fuentes que permitirían afirmar que los juristas romanos asimilaron la retención del *pignus* en manos del

¹⁸ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. (1996). Obra citada, páginas 649 y 651.

¹⁹ NASSER OLEA, MARCELO. Obra citada, páginas 136 a 144.

acreedor pignoraticio a una compraventa, cuando se había establecido una *lex commissoria* por el no pago de la deuda caucionada; ello, precisamente en función de la necesidad de explicar problemas que surgen en relación con la justa causa de posesión y en cuanto al fundamento y estructura de la mutación de mero tenedor a poseedor y eventual propietario. Respecto a esta figura resultan interesantes las explicaciones de Samper Polo²⁰.

iv. LA PIGNORIS CONVENTIO.

Como paso siguiente, en esta suerte de surgimiento de los modernamente denominados derechos reales de garantía, aparece la hipoteca o prenda sin desplazamiento o *pignus conventio*. En efecto, a partir del *pignus datio*, aparece un nuevo tipo de garantía real: la hipoteca, la que tiene su origen en el arrendamiento de predios rústicos, donde era frecuente que arrendador y arrendatario conviniesen preñar los *invecta et illata* como garantía del pago del canon de arrendamiento. Los *invecta* (de *inveho*: llevar, transportar) et *illata* (de *infero*: penetrar, introducir) ("llevada y puesta") eran los animales y aperos de labranza que el arrendatario llevaba

²⁰ SAMPER POLO, FRANCISCO. (2003). *Derecho Romano*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, páginas 312 y 313.

consigo e introducía en el fundo arrendado para cultivarlo y que obviamente quedaban en manos del deudor (arrendatario). En esta figura, el acreedor, arrendador, no tenía ni la propiedad ni la tenencia o *possesio ad interdicta* de tales instrumentos de labranza y sólo estaba garantizado por un acuerdo de garantía sobre los mismos. En esta figura, el acreedor, arrendador, no tenía ni la propiedad ni la tenencia o *possesio ad interdicta* de tales instrumentos de labranza y solo estaba garantizado por un acuerdo de garantía sobre los mismos. Respecto de esta nueva figura, que los juristas romanos caracterizan como *pignoris conventio*, esto es, prenda solo convenida, es de suyo tener como que en el artículo 2407 de nuestro Código Civil, caracteriza a la hipoteca como un derecho de prenda, la que se distingue de la prenda civil, no tanto por la naturaleza del bien objeto de la garantía, pues existe tanto sobre naves y aeronaves, sino por la ausencia de desplazamiento del mismo. En este sentido, Guzmán Brito²¹ sugiere que ya en el Derecho clásico –conservado en el *Corpus Iuris Civilis*– existe una prenda, siempre perfeccionable merced a la entrega de una cosa, que puede ser indistintamente mueble o inmueble; y una hipoteca, constituida mediante

²¹ GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. (2011). *Tratado de la prenda sin desplazamiento según el Derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, páginas 17 a 21.

convención y sin entrega de una cosa, que también puede ser indiferentemente mueble o inmueble, figura esta última que amplió el ámbito de objetos pignorables, al poder recaer sobre objetos que no eran susceptibles de prenda real, pues el único requisito para hipotecar una cosa es que ella admita ser vendida. Ello explica que los juristas romanos no vieran ninguna diferencia funcional entre el *pignus datum* y el *pignus conventum*, aunque ambos tuvieran la diferencia estructural ya anotada, de constituirse realmente uno y convencionalmente el otro.

En esta nueva figura o modalidad de prenda también en sus primeros tiempos habría sido posible añadir una *lex* o pacto *commissorio*, pacto que, como ya hemos destacado, determina que, en el evento de incumplimiento del deudor, el acreedor se convierta automáticamente en dueño del bien hipotecado.

De lo expuesto y tratando de resumir el tránsito de la *lex commissoria* en relación con las garantías reales, resulta que la *lex commissoria* aparece como una *lex dicta* en el negocio fiduciario, figura que habría antecedido al *pignus* como garantía, constituyendo una cláusula unilateralmente impuesta en interés del fiduciario, la que también se imponía en el *pignus*, tanto en el *datum* como en el convencional, apareciendo en este

caso como una suerte de traditio condicional pactada a título de pena convenida, cumpliendo la misma función, atribución o eficacia real traslativa ante el incumplimiento, pero en el caso de la primera figura consolidando un traspaso ya operado y en las dos últimas, determinándolo de forma inmediata o mediante el ejercicio del correspondiente mecanismo procesal, de forma que en ellas la insatisfacción del crédito entra a operar como una suerte de iusta causa de la traslación de dominio.



CAPÍTULO IV
ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL
PACTO COMISORIO EN LAS GARANTÍAS REALES

i. ORIGEN DE LA PROHIBICIÓN.

Este pacto, permitido en los orígenes de estas figuras y en sus antecedentes, aparece por una parte como una figura que mejora la situación del acreedor en perjuicio del deudor, por lo que, además de contradecir el principio romano de que la propiedad no se transmite por el mero pacto, es para muchos una figura antisocial. En efecto, es posible aceptar que en muchos casos, en el momento de conceder el préstamo, el deudor se encuentre, generalmente, en una posición debilitada, de manera que tiene que aceptar las condiciones que se le imponen, y como la prenda generalmente vale más que la cuantía del préstamo, este pacto suele causar grandes perjuicios al deudor. Ello habría determinado que Constantino, por medio de un edicto, en el año 320 d.C., lo declarara nulo.

Al respecto, podríamos afirmar que el pacto commissorio distorsiona la naturaleza de la prenda transformándola en una compraventa con fines de garantía en la que usualmente el valor del bien pignorado era superior al

crédito y de esta forma, para luchar contra las prácticas usureras de los acreedores ávidos de encubrir intereses ilegales, aparece esta constitución imperial. En este mismo orden de ideas, no son pocos los que ven en la decisión de Constantino un abandono del liberalismo por el intervencionismo imperial en aras de mejorar la posición del deudor.

Esta constitución aparece reproducida en el Codex de Justiniano, que según los traductores no sufre variaciones relevantes y que solo habría introducido variantes textuales con la finalidad de dejar en claro que la prohibición queda circunscrita al pacto referido a las prendas y no al de la ley commissoria aplicada a las ventas. Esta prohibición fue recepcionada por la tradición jurídica de la Edad Media, fue confirmada por el Papa Inocencio III en el año 1198 de nuestra era y por el Papa Pío V en el año 1569. Por su parte, también aparece recogida en la Partida 5, título 13, leyes 41 y 42.

ii. RECEPCIÓN EN LOS CÓDIGOS DECIMONÓNICOS.

El paso siguiente fue su consagración o recepción en la mayor parte de los códigos civiles del siglo diecinueve, entre los cuales podemos mencionar el chileno, en su artículo 2397 inciso 2º, que regula la prenda, pero aplicable a la hipoteca por disposición de su artículo 2424 y a la

anticresis según resulta de lo dispuesto en el artículo 2441. A contrario sensu, en legislaciones de Derecho anglosajón, el pacto comisorio es perfectamente válido como también es aceptada la apropiación extrajudicial de bienes dados en garantía, de lo cual los chilenos nos hemos enterado por medio de programas de televisión.

Cabe destacar que Constantino otorgó eficacia ex tunc o retroactiva a la abolición pues ella no conllevaría perjuicio para el acreedor, pues este dispondría de otros mecanismos de realización crediticia como el antes mencionado *ius distrahendi*. De esta forma, esta prohibición determinó que la venta del bien dado en garantía pasara a ser una suerte de efecto necesario del incumplimiento, convirtiéndose en un derecho del acreedor para los efectos de obtener la satisfacción de su crédito.

Al respecto, el inciso 1° del citado artículo 2397 del Código Civil chileno reconoce este derecho particular del acreedor prendario sobre la prenda del deudor moroso y en función de ello se enseña que, el derecho de venta es de la esencia del contrato de prenda, lo mismo que del de hipoteca. Si faltara ese derecho, faltaría el objeto del contrato, y este no existiría como tal contrato de prenda, lo que determina que no permite estipulaciones que contraríen aquel derecho de venta que corresponde al acreedor sobre la cosa

mueble empeñada, para pagarse con el precio. En este sentido debe reconocerse que el inciso en cuestión establece esta facultad y las condiciones como ha de ejercerse, siendo el inciso segundo de este artículo la parte de la disposición que contiene una norma prohibitiva y que ampara o protege al deudor, prohibiendo toda estipulación como aquella, que faculte al acreedor para disponer de la prenda, esto es, para enajenarla, sin intervención de la justicia, pero que no determina una prohibición en orden a impedirle la adquisición del dominio de la misma, vale decir, nada impide que, con posterioridad al contrato de prenda, el acreedor pueda por los medios indicados, distintos de los señalados en el artículo 2397, adquirir la propiedad de aquella.

En todo caso, resulta conveniente destacar que la prohibición de la *lex commissoria* tuvo como gran finalidad evitar las prácticas usureras que permitían al acreedor adjudicarse la propiedad como pago ante el incumplimiento del deudor, por un monto muy menor a su verdadero valor, configurándose una suerte de enriquecimiento ilícito, pero sin que ello conlleve la prohibición absoluta de la apropiación de la garantía por parte del acreedor. Al respecto, resulta muy interesante el análisis que, respecto a la validez de la *lex o pacto marciano*, desarrolla el profesor Wegmann

Stockebrand²², con cuya opinión concordamos en el entendido que el pacto marciano ha de cumplir con ciertas condiciones o requisitos: proporcionalidad y mecanismos para una adecuada valoración del bien.

En relación a lo advertido, es de suyo reconocer que, frente a un incumplimiento del deudor, el actual procedimiento ejecutivo y su regulación, en especial, el reconocimiento al acreedor del derecho, bajo ciertas condiciones, de adjudicarse el bien hipotecado o prendado, podría permitir que se configurara lo que supuestamente se pretende al prohibirse el pacto comisorio, bastando al efecto recordar el tristemente recordado caso de la financiera Eurolatina- En el mismo sentido es de suyo tener presente en nuestro medio, tanto la procedencia de la dación en pago, como una eventual validez del pacto marciano.

²² WEGMANN STOCKEBRAND, ADOLFO (2009). “Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13, pp. 95 a 122.

CAPÍTULO V
ALGUNOS COMENTARIOS CON RELACIÓN AL *LEASEBACK* Y
LOS NEGOCIOS INDIRECTOS. UNA GARANTÍA ATÍPICA

i. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En nuestros programas de estudio, en especial al estudiar las garantías, la prenda –en sus diversas modalidades– y la hipoteca, ocupan un lugar importante, sin perjuicio de que la prenda civil es cada vez menos frecuente, con la excepción de nuestra siempre necesaria Caja de Crédito Prendario Popular y una que otra casa de empeño, sin perjuicio de que la poca aplicación de esta última se justifica por las razones que determinaron el surgimiento de la hipoteca o prenda sin desplazamiento lo que está motivado más por una ventaja para el deudor que por mejorar la condición del acreedor, pues sin duda para el acreedor el ideal de garantía es la propietaria o la prenda con entrega de la cosa, pues ellos tienen muy presente el sentido común popular que se advierte en el dicho “mejor pájaro en la mano que cien volando”.

En efecto, si analizamos la realidad de las garantías crediticias pareciera que estamos volviendo al pasado y al resurgimiento de las garantías

propietarias. En la práctica, los operadores financieros, tanto informales como formales, determinaron el renacimiento de la propiedad como garantía. Los primeros, simulando una compraventa con pacto de retroventa, y los segundos, mediante el uso del *leaseback*.

ii. LA PRÁCTICA DE LOS PRESTAMISTAS Y EL USO DE GARANTÍAS ATÍPICAS.

En nuestro medio era reconocido el uso que los prestamistas informales hacían de la venta en garantía, para lo cual recurrían a la simulación, pues ocultaban la relación real de mutuo con interés, normalmente por sobre el permitido estipular, aparentando una venta con pacto de retroventa, en que el precio de venta corresponde al dinero que se presta y, por su parte, el precio de recompra equivale al capital más los intereses, normalmente usureros.

Esto es lo que en derecho comparado se describe como venta en garantía que opera mediante el expediente de la simulación, aparentando una venta con pacto de retroventa, figura lícita, pero que al ser utilizada en función de garantía en concreto deviene en un acto ilícito pues por medio de él se pretende hacer lo que la ley prohíbe, esto es, constituir una prenda o

hipoteca con pacto comisorio. En concreto es una venta aparente o simulada que encubre un pacto comisorio, recurriendo de esta forma a una suerte de fraude a la ley, pues recurriendo a una figura lícita persiguen un fin distinto al fin per se o propio de esa figura, muy probablemente procurando eludir un resultado prohibido por la ley, por lo cual el acto resulta nulo absolutamente en conformidad a lo dispuesto en los artículos 10 y 1466 del Código Civil.

Es interesante considerar que quienes recurren a los servicios del “mercado” informal de créditos, están en un estado de “necesidad” que los coloca en situación de aceptar lo que el prestamista les impone, sin considerar lo desventajoso de la figura para ellos.

En el caso de los operadores financieros, que difícilmente recurrirían a la simulación, cuesta asumir que se conformarían con aceptar que no pudieran operar en términos similares a sus colegas informales y limitarse a utilizar las formas que el sistema regula, como la prenda y la hipoteca, la fianza, la solidaridad y otras tantas.

En todo caso, parece que han encontrado la salida a tan compleja encrucijada, especialmente si se considera el costo que para ellos supone el hacer valer las garantías tradicionales, especialmente todo ese calvario que imponen los tiempos y ritualidades procesales, pues han introducido,

promocionándolo como una especie de leasing, el *leaseback*, que tendría sus orígenes en el derecho angloamericano, denominándosele originariamente “*sale and lease back*”, que algunos traducen como “venta con arrendamiento de vuelta”, que en teoría se explica como una forma de proveer financiamiento a una empresa que tiene necesidades de liquidez y que cuenta con bienes de capital.

En concreto, una “empresa”, esto es, una persona natural o jurídica propietaria de un bien mueble o inmueble, destinado normalmente a la actividad empresarial, lo vende a una sociedad de *leasing*, la cual, en el mismo acto, cede su uso, mediante arrendamiento financiero, al propio vendedor a cambio del pago de un canon periódico durante un plazo determinado, con la facultad del vendedor-enajenante-arrendatario de readquirir la propiedad del bien arrendado al finalizar el contrato, ejerciendo un derecho de opción de compra por un precio residual preestablecido en el contrato.

Es interesante destacar el notable parecido que guarda con el préstamo simple con garantía prendaria sin desplazamiento o hipotecaria, que también presentaba como gran virtud, el facilitar el acceso al crédito “entregando” bienes en garantía sin necesidad de desprenderse de ellos, pues

en todas estas figuras el acreedor adquiere la calidad de titular de un derecho real sobre la cosa y el deudor puede seguir usando y gozando de ella. Recordemos que en sus orígenes la hipoteca se vincula con las herramientas de trabajo y animales de tiro y carga, dicho en palabras de hoy, con bienes del activo de la empresa. La gran diferencia es la situación privilegiada en que queda este acreedor no solo frente al deudor sino también frente a otros acreedores. En mi concepto, mayor es la similitud con la fiducia cum creditore, figura que precisamente habría sido reemplazada por las diversas modalidades de prenda.



CAPÍTULO VI
UTILIDAD QUE REPRESENTA LA DETERMINACIÓN DE LA
NATURALEZA JURÍDICA DEL *LEASEBACK*

i. PRECISIONES GENERALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS.

Sin perjuicio de las complejidades que hemos advertido en relación a la calificación jurídica de los contratos atípicos y muy especialmente respecto de aquellos que recurren al uso de contratos típicos, es de suyo reconocer que la determinación de la naturaleza jurídica es una cuestión siempre presente en nuestra lógica sistematizadora, pues entendemos que, en función del resultado al que arribemos, determinaremos las reglas que regirán a un determinado instituto. Sólo a modo de ejemplo valga recordar los no pocos artículos que se escribieron en nuestro medio respecto de la naturaleza jurídica de la compensación económica introducida por la nueva ley de matrimonio civil.

En este entendido, es de suyo reconocer que el tema de la naturaleza del *leasing* ha sido tratado por la mayor parte de los autores, tanto civilistas

como comercialistas que han escrito obras sobre este contrato y la misma ha sido también aludida por nuestra jurisprudencia al tiempo de pronunciarse en relación a casos en los que dicha calificación ha sido relevante al tiempo de acoger o desestimar las pretensiones planteadas por las partes en el juicio.

Al respecto interesante es precisar que se entiende por naturaleza jurídica en nuestra jurisprudencia y doctrina.

En este sentido, pertinente resulta lo que el profesor David Quintero Fuentes²³, nos advierte en orden a que pocas veces nos detenemos a examinar qué entendemos por la expresión “naturaleza jurídica” o, para plantearnos en términos más provocadores: “¿cuál es la naturaleza jurídica de la naturaleza jurídica?”, reflexión que motivó mi interés por abordar la importancia o utilidad de la determinación de la naturaleza jurídica del lease back

Ahora, volviendo a lo que nuestra jurisprudencia y doctrina entiende como naturaleza jurídica, lo interesante es que ella se presenta como algo no tan complejo, salvo cuando se trata de determinarla respecto de lo que algunos denominan “operación contractual”, que supone la utilización de varios contratos que se “conjugan” estratégicamente en función de un

²³ QUINTERO FUENTES, DAVID. “Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la compensación económica”. Rev. derecho (Valdivia) v.22 n.2 Valdivia dic. 2009

negocio o en redes que forman sistemas, articulados en función de una causa o finalidad económica que no es propia de cada uno de los contratos a los que se recurre.

En este sentido, el profesor Quintero hace presente que muchas veces, en relación a la determinación de la naturaleza jurídica de una determinada institución, los intentos suelen ser infructuosos y los autores reconocen que ninguna de las alternativas es satisfactoria, llegando incluso a admitir que se trata de una “institución sui generis”. Ello es precisamente lo que ocurre con los contratos recién referidos.



ii. UTILIDAD DE LA CALIFICACIÓN DEL *LEASEBACK* COMO CONTRATO SUI GENERIS.

La caracterización o calificación del *leaseback* como contrato sui generis es de suyo relevante por la consecuencia que se le da a esta caracterización en algunas sentencias, especialmente por el rol que se le reconoce al principio de la autonomía de la voluntad y su correlato de la libre contratación, de lo se sigue que las únicas limitaciones que se vislumbran a su respecto son las que resultan del respecto al orden público, las buenas costumbres y las prohibiciones legales, además de las que podrían ser

aplicables en el supuesto de encontrarnos frente a un contrato de consumo, el control que se ejerce por medio de la nulidad de las cláusulas abusivas.

En cuanto a los primeros límites, que explicamos a nuestros alumnos con ocasión del estudio de los requisitos del objeto y de la causa, especialmente al tiempo de analizar su licitud, es innegable que la regulación que el legislador establece tanto en la parte general con ocasión de los que podríamos denominar requisitos de validez del acto jurídico y la que dispone para ciertos contratos, muy importantes en la vida económica del Chile decimonónico, no sólo persiguen cumplir una función supletoria de lo no regulado por las partes sino también suponen establecer límites al poder de una de ellas y velar por el equilibrio contractual, lo que algunos autores designan como una suerte de función delimitadora.

En este sentido es interesante una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 5 de julio de 2007, citada por el profesor Jorge López Santa María²⁴, que establece "... la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, como principios de Derecho, deben conjugarse con otros principios como la buena fe, la igualdad ante la ley, y el equilibrio de las

²⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. (2017). *Los Contratos. Parte General*. Thomson Reuters, 6ª edición, página 221

prestaciones, toda vez que, como es sabido en los contratos de adhesión, entre otros, en la práctica y en la realidad, uno de los contratantes, justamente él que no intervino en las fórmulas del pacto, ni en la redacción que se dio a las mismas, no está en situación de negociar punto por punto sus intereses.”.

Es precisamente, en mi concepto, lo que creo pretendió destacar el profesor Iñigo de la Maza²⁵ en un artículo “La buena fe como dispositivo de ponderación”, cuando advierte que si bien no es posible concebir el moderno derecho de los contratos al margen de la autonomía privada, tampoco es posible concebirlo únicamente desde la autonomía de la voluntad, precisando, entre los intereses que han de ser considerados, la lealtad contractual y la justicia distributiva, los que necesariamente se han de conjugar con el principio de la buena fe.

Sin perjuicio de tratarse de un fenómeno que se vincula como una característica de la contratación moderna, no podemos dejar de advertir se trata de algo que no es necesariamente ajeno a nuestro codificador, como se advierte de lo que establece respecto de las cláusulas ambiguas en el artículo 1566. En este sentido, tal como lo destacamos al tiempo de tratar las

²⁵ IÑIGO DE LA MAZA (2014). “La buena fe como dispositivo de ponderación”. *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*. Legal Publishing, 1ª edición, páginas 201 a 225.

limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, podemos recordar que el profesor Reinhard Zimmermann destacaba que la protección del consumidor es la manifestación moderna de una preocupación de mucho mayor alcance, pues la legislación protectora de una parte débil frente a un clausulado negocial desfavorable tiene un gran pedigrí y que se retrotrae a viejas limitaciones romanas.

Es precisamente eso, lo que, en mi concepto, explica que algunos jueces, advirtiendo la consecuencia que podría determinar, normalmente perjudicial para la parte más débil en la relación contractual, de no poder invocar en su favor las prohibiciones previstas para un contrato típico, e en algunos fallos, que lamentablemente no han logrado sentar un precedente, hayan recurrido a un elemento tan complejo como lo es la causa del contrato.

Al respecto el profesor Arturo Selman Nahum²⁶, en artículo “La cláusula penal en el contrato de leasing y su nulidad por falta de causa: una evolución en la jurisprudencia:”, analiza el cambio radical del criterio asentado en años anteriores por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que

²⁶ SELMAN NAHUM, ARTURO. (2011). “La cláusula penal en el contrato de leasing y su nulidad por falta de causa: una evolución en la jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 2, páginas 611 a 622.

en múltiples ocasiones había declarado la nulidad absoluta de una cláusula penal pactada en un contrato de leasing, por estimar que ella carecía de causa, simplemente en función de la una nueva lectura por parte de la Corte Suprema de la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*, entendiendo esta última que el leasing incorpora un contrato de arriendo con opción de compra y no una convención compuesta por un arriendo y una promesa de compraventa, como lo entendía la Corte de Apelaciones de Santiago, lo que determinaba que el pago mensual efectuado por el arrendatario no corresponde a parte del precio de la compraventa, mientras no se opte, en tiempo y forma, por la opción de compra, de lo que se seguiría que la cláusula penal no carecería de causa.

iii. UTILIDAD DE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS FIGURAS TÍPICAS Y CONSIDERACIÓN DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO.

Pareciera que nuestros tribunales se han olvidado en relación a este contrato atípico complejo de la razón que motiva la necesidad de determinar la naturaleza jurídica y ello quizás explica la escasa consideración de una eventual aplicación analógica de la regulación prevista para las figuras

típicas más cercanas e incluso de las normas que podríamos calificar como de orden público en lo que al derecho patrimonial se refiere.

En este sentido, asumiendo que tanto el *leasing* como el *leaseback* son siempre caracterizados por nuestra doctrina, atendida su falta de regulación, como contratos atípicos, ocurre que nuestro legislador, en la ley 19.281, regula el contrato de arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, regulación que se consideró necesaria en razón de los beneficios que se suelen atribuir al *leasing* y al *leaseback*, tanto desde un punto de vista tributario como financiero, presentándose como una forma de favorecer el acceso a la vivienda. Dicha regulación o a lo menos parte de ella podría serle aplicable no sólo para llenar aspectos no regulados por las partes como también para limitar el rigor de sus cláusulas, pues se trata de un contrato que tiene, a excepción del nombre, lo que incluso es relativo, y de su regulación legal, muchos elementos comunes, tanto en lo que dice relación con los contratos que se conjugan en ella como en lo relativo a su finalidad.

Se trata, sin lugar a dudas, de un contrato muy cercano, especialmente en cuanto a su estructura y finalidad. Por lo demás, analizando los distintos informes que se emitieron al tiempo de la tramitación del

proyecto de ley, es recurrente encontrar a los informantes destacando que, si bien este proyecto de ley no ha sido concebido como un “leasing” inmobiliario, sino como un arrendamiento con promesa de compraventa, tiene sus orígenes en lo que la doctrina ha denominado “leasing o contrato de leasing”, trayéndose como modelos de regulación las regulaciones que a esa fecha tenían España y Francia.

Lo curioso, no obstante, la estrecha relación entre el contrato regulado en la ley 19.281 y los contratos de *leasing* y *leaseback*, es que no he encontrado una sentencia que determine la aplicación supletoria de las normas de la ley en comento, por el contrario, en las pocas sentencias en que se ha discutido la aplicación al *leaseback* de las disposiciones de la ley 19.281 la respuesta de nuestra jurisprudencia ha sido cerrar la puerta a la aplicación de dicha ley. Así, a modo de ejemplo, en sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 13.386, en fallo de 23 de febrero de 2017, se precisa en el considerando tercero que no resulta aplicable en la especie la ley 19.281, pues la situación allí regulada no es un leasing inmobiliario, sino un contrato de distinta naturaleza –arrendamiento con promesa de compraventa-. En el mismo sentido encontramos una sentencia de la misma Corte, de fecha 24 de abril de 2015, dictada en causa

rol 3044-2015, que, en su considerando primero, señala que, en la especie, no resulta aplicable la normativa de la ley 19.281, que regula el arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa, toda vez que lo que existe es un *leaseback* acordado entre las partes, en que no existe tal promesa sino el pago de un canon de arriendo y la posibilidad de celebrar un contrato de compraventa posterior.

En mi concepto, esta respuesta por parte de nuestra Corte Suprema supone una lógica que debiera ser revisada. En efecto, de seguirla bastaría simplemente con cambiar un aspecto del contrato para lograr sustraerse del estatuto protector que en muchos casos se contiene para los contratos típicos.

Cabe destacar que la ley 19281 considera muchas normas que constituyen una protección para la parte más débil. determinando, lo que es propio de una legislación protectora, que los derechos establecidos en ella, a favor del arrendatario promitente comprador, son irrenunciables (artículo 38).

Solo analizando la regulación que hace el legislador de la ley 19281, sin haber hecho un estudio serio, me atrevería a asegurar que se trata de una ley que para los operadores financieros no resulta muy atractiva y ello determina que en vez de celebrar con sus clientes contratos regulados por

ella prefieran utilizar uno que, por diferir de un elemento con el regulado, evita la aplicación a su respecto de las limitaciones y especialmente de los derechos que la misma establece para los arrendatarios con promesa de compraventa.

Ello es en mi concepto lo peligroso que advierto en jurisprudencia recién citada, en orden a que extrañamente en función de una pequeña diferencia, en un caso el arrendamiento es con promesa y en el otro es con opción, se pueda sustraer el operador financiero de la aplicación de la ley 19.281 al lease back o al leasing no obstante de tratarse de contratos que en lo medular tienen una misma causa y estructura.

En todo caso, al respecto, es interesante un fallo por el cual la Corte de Apelaciones de La Serena que acoge un recurso de protección, causa rol 1422/2013, de 2 de enero de 2014, recurso por medio del cual se perseguía que se le permitiera a la recurrente ejercer el derecho de pre pago en el contexto de una operación de arrendamiento con promesa de una vivienda, regido por la ley 19.281, y que el propio recurrido califica como leasing habitacional, disponiendo que se debe proporcionar a la recurrente el certificado actualizado, consolidado y definitivo de su saldo de deuda (prepago), con el detalle de cada rubro computado de donde deriva el cálculo

mencionado, a fin que la recurrente pueda, con conocimiento, adoptar la decisión de ejercer o no su opción de prepago de la deuda con el propósito de concretar la compraventa del inmueble.

Cuesta asumir que una operación idéntica a otra en su esquema funcional, pero que por ser calificada como *sui generis*, conlleve como consecuencia que no se le aplique, ni siquiera supletoriamente, parte de las limitaciones que establece la ley 19.291 y que además se le tenga como lícita y ajena a las limitaciones que el legislador establece para las operaciones de crédito, arrendamiento y garantías.

Al respecto, quizás previniendo un eventual abuso de algunas formas atípicas, el profesor Hernán Corral Talcianni²⁷, en un artículo hace ya varios años, específicamente en el año 1997 señalaba lo curioso que resultaba observar que el refloramiento contractual hace resurgir figuras negociales que tienen rancio abolengo.

Un segundo aspecto, asumiendo que el *leaseback* es una figura compleja, es hacer notar que su caracterización como contrato *sui generis* no determina que por ello no le sean aplicables las normas que el legislador

²⁷ CORRAL TALCIANNI, HERNÁN. (1997). “Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado”. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 201, año LVX, enero a junio, 1997, páginas 59 a 71.

ha establecido en relación al contrato de compraventa, especialmente en lo que dice relación con el equilibrio en relación al precio, la solemnidad del contrato y las prohibiciones que a su respecto existe, tanto en relación con normas del párrafo primero del Título XXIII del Libro IV del Código Civil como de las normas que contempla el párrafo tercero del Título XXII del mismo libro y código.



CAPÍTULO VII

¿CONSTITUYE EL *LEASEBACK* UNA FORMA DE BURLAR EL ESTATUTO PROTECTOR DE LOS DEUDORES?

En relación al *leaseback*, figura con importante y creciente penetración en el mercado de los créditos y que puede hacerse aparecer como importada del sistema anglosajón, se ha discutido por nuestros civilistas a qué figura se puede asimilar, sugiriéndose por algunos que se trataría de un contrato autónomo y para otros, que se trataría de un enlazamiento de contratos típicos, algo así como una compraventa con pacto de retroventa acompañados de un arrendamiento, lo que en Chile no resulta ser muy adecuado pues la retroventa está regulada, imponiendo plazos que limitarían a esta figura, la que vinculada con un préstamo u operación de financiamiento ha sido ya sancionada por nuestros tribunales por su evidente ilicitud.

De esta forma y como suele plantearse por los distintos autores que han tratado de vincular ambos institutos, podemos resumirlo en forma interrogativa: ¿es una figura autónoma, aunque especialmente apta para ocultar una transmisión de propiedad en garantía? ¿O existe entre ambos una

relación de género a especie, de manera que el segundo no es más que una forma de la primera?

En todo caso, y para los efectos de este trabajo, considero que, por muy moderna que parezca, ella no difiere sustancialmente de la figura romana de la fiducia cum creditore, dado que todos entendían que bajo el pactum fiduciae, se escondía una operación de garantía. Es de suyo necesario advertir que esta se distingue de la fiducia cum amico por la causa, tal como el *leaseback* se distingue de otros negocios fiduciarios.

De esta forma, o bajo este entendido, siendo en lo medular similares, las razones que determinaron la prohibición de la lex commissoria en Roma y que se mantienen en nuestro Código Civil para la prenda y la hipoteca, hay razones suficientes que permiten cuestionar la validez en nuestro medio de esta aparente modalidad de leasing que sin duda tiene el carácter de operación de crédito con garantía propietaria.

Preciso que, en mi concepto, no es un tipo de leasing sino más bien una figura en la cual se recurre al leasing, pero que difiere en muchos aspectos de este, cuestión que nuestra doctrina no ha tratado adecuadamente precisamente por enseñársele como una simple modalidad de leasing.

En este sentido, se puede perfectamente señalar que la misma razón que serviría de sustento para declarar nula una venta con pacto de retroventa que oculta un negocio de garantía, en las que se transmite definitivamente la propiedad del bien al acreedor en caso de no restitución de la suma prestada, podría servir de base para alegar idéntica solución respecto del *leaseback*, pues no hay ninguna duda que en estos casos la transferencia de la propiedad tiene como causa la obtención de una garantía y el pago no es propiamente del precio, sino la realización de un préstamo.

En concreto, mediante el uso de contratos que son perfectamente lícitos, unidos, formando una operación, se pretende lograr lo que la ley prohíbe. Se trata de una “operación” que no adolece de falta de causa, que se utiliza para lograr un fin práctico que la ley prohíbe para las “operaciones” típicas. De esta forma, los prestamistas formales, a diferencia de los informales no ocultan la existencia de un préstamo, pues ellos están autorizados para ello, pero en ambos casos obtienen el mismo resultado práctico, una súper garantía, que los coloca, frente al deudor, en una situación muy mejorada respecto de los acreedores que utilicen aquellas que el sistema tipifica, atendidas las limitaciones o prohibiciones que pudieran existir en relación con ellas, lo que evidentemente no ocurrirá con la figuras

atípicas pues, precisamente, respecto de ellas, al no existir regulación tampoco existirán prohibiciones específicas.

En este sentido, Corral Talciani²⁸, reconociendo las ventajas que eventualmente pudieran encontrarse al *leaseback*, no descarta que respecto de ella pueda sugerirse un eventual fraude a la ley, pues desde cierta perspectiva, se puede advertir en ella una serie o cadena de actos o contratos reales (no simulados), todos ellos lícitos si se les mira aisladamente, pero que en conjunto permiten la obtención de un resultado que es contrario al ordenamiento jurídico, esto es, mediante un *leaseback* se logra que el acreedor se apropie del bien que el deudor ha entregado en garantía de un crédito, vulnerándose de esta forma una norma de orden público que prohíbe el pacto comisorio en las garantías típicas o reguladas, como lo son la prenda y la hipoteca.

En este mismo sentido, de la Maza²⁹ señala en relación con el *leaseback* o *retroleasing*, que caben pocas dudas de que se trata de una venta

²⁸ CORRAL TALCIANI, HERNÁN (2014). “El J.J. Aguirre y el leaseback”. *Derecho y Academia*. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2014/01/12/el-j-j-aguirre-y-el-leaseback> [Fecha de consulta: 5 de enero de 2018].

²⁹ DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (2014) “Comentarios de Jurisprudencia: Contratos especiales”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 7, páginas 272 a 277. Disponible en http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/09/7_Revista_Fundacion_Fueyo.pdf [Fecha de consulta: 5 de enero de 2018].

en garantía que persigue aquellos resultados que pretende evitar el artículo 2.397 del Código Civil, citando al efecto a una tesis de grado, la de don Ricardo Eberle Polanco, “El contrato de *leaseback* como una figura que vulnera el pacto comisorio establecido en el artículo 2397 del Código Civil”, a la que lamentablemente no he podido acceder, sin perjuicio que creo que el título debió ser otro, pues el *leaseback* no vulnera el pacto comisorio sino que por el contrario lo hace operar no obstante la prohibición. En este mismo orden de ideas, cita a don Arturo Alessandri, quien, refiriéndose a una venta con pacto de retroventa afirmó que de probarse que este pacto encierra un contrato pignoraticio la venta con pacto de retroventa es nula, sin perjuicio de que la prueba incumbe al vendedor y la determinación de si hay pacto de retroventa verdadero o contrato pignoraticio queda a la apreciación soberana de los jueces que la harán tomando en cuenta los antecedentes del proceso. Me inquieta saber cuál habría sido la opinión de Alessandri en relación al *leaseback*.

Por otra parte, aceptando el *leaseback* como una figura lícita, que surge del principio de la autonomía contractual y que a su respecto no existe una norma que la prohíba expresamente, ello no soluciona una serie de problemas que en relación con ella surgen y que suponen pasar por alto

restricciones que el ordenamiento ha establecido como un límite a la tan mentada libertad contractual y que normalmente se vinculan con las figuras que al tiempo de la codificación y de su regulación legislativa contaban con algún grado de tipicidad.

De esta forma, el viejo aforismo –que algunos elevan como una suerte de principio– según el cual las sanciones han de interpretarse restrictivamente, debe conciliarse con la proliferación de instituciones de orden público que buscan establecer lo que Tapia Rodríguez³⁰ denomina una suerte de orden público de protección que se vincula, desde principios del siglo XX, a los límites a la autonomía privada que plantea la práctica de los contratos de adhesión, donde lo importante no es quien tuvo la iniciativa en la negociación, sino más bien en la existencia de una parte que redacta y propone los términos del contrato a la otra, que simplemente lo toma o lo deja. En este mismo sentido, el profesor Ramón Domínguez Águila³¹ nos enseña que le contrato, si bien es una expresión de libertad, ésta requiere de un mínimo de equivalencia entre las partes, la que constituye un supuesto de la libertad contractual, reconociendo no es posible, en muchos casos,

³⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. (2005). *Código Civil 1855-2005, Evolución y Perspectivas*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, páginas 235 a 237.

³¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN. (1981). “La autonomía privada, decadencia y renacimiento”. *Revista de Derecho*, Concepción, N° 169, año XLVIII, enero a junio, 1981.

concebir la igualdad de las partes, destacando que los bancos e instituciones financieras, en razón de lo que ofrecen, son los que están en condición de exigir mejores garantías y de colocarse en una situación privilegiada frente al deudor, llegando a obtener legislativamente situaciones de privilegio que ofenden a la justicia.

Teniendo en consideración lo anterior, es en mi concepto preocupante respecto al leaseback, la posibilidad de un abuso de situación por parte de quien impone las cláusulas, las que pueden ser verdaderamente leoninas. Así, no son pocas las cláusulas que contienen renunciaciones, exoneraciones de responsabilidad, prórrogas de jurisdicción.

CAPÍTULO VIII
IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE LA
NATURALEZA JURÍDICA DEL *LEASEBACK* EN FUNCIÓN
DE LA APLICACIÓN A SU RESPECTO DE LIMITACIONES A LA
LIBERTAD CONTRACTUAL QUE EXISTEN PARA LAS
FIGURAS TÍPICAS O CON REGULACIÓN NORMATIVA

i. EL PROBLEMA EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA.

Otro aspecto que me parece que debe ser objeto de un mayor análisis, es la importancia que ha de atribuirse a la determinación de la naturaleza del *leaseback*, pues ello es algo que ha solido ser invocado por la defensa de las empresa de *leasing* cuando se ha pretendido a su respecto la aplicación de limitaciones a la libertad contractual que pudieran existir para los contratos típicos a los que se recurre, no obstante que son ellos mismos quienes, frente al incumplimiento en el pago de las rentas, actúan como si se tratará de la simple resolución de un contrato de arrendamiento.

Desde ya, según se advirtió al tiempo de tratar los contratos atípicos y muy especialmente lo complejo que puede resultar, especialmente por las diversas categorías que de ellos pueden existir, particularmente los conexos,

pudiendo desde ya reconocer que ello conlleva plantear a su respecto una serie de preguntas. En este trabajo nos limitaremos a analizar particularmente la aplicación a su respecto de las limitaciones existentes para las figuras típicas, que evidentemente conlleva determinar cuáles son los límites que se pueden aplicar a estas “nuevas” formas contractuales, para efectos de determinar su validez.

ii. EL *LEASEBACK* Y LA LESIÓN ENORME CON RELACIÓN AL PRECIO DE VENTA.

Se ha discutido en sede jurisdiccional si resultaría procedente la rescisión por lesión enorme en cuanto el precio de venta fuera inferior a la mitad del justo precio. Frente a estas demandas, las empresas de *leasing* –en su contestación– suelen alegar que el contrato de compraventa forma parte de un contrato o negocio mayor, una operación de *leaseback*, la que hace imposible que haya podido existir lesión enorme pues esta sanción es absolutamente extraordinaria en nuestro ordenamiento y que no se encuentra establecida respecto del contrato de *leaseback*; argumento que precisamente sirvió de base para fundamentar una sentencia del 4° Juzgado Civil de Santiago del año 2015, que desestima la demanda de rescisión por lesión

enorme. Supongo que una alegación similar opondría en la medida que el demandado pretendiera hacer valer los derechos que la ley de arrendamiento de predios urbanos establece como irrenunciables para el arrendatario o se planteara objeción a la operatividad del pacto comisorio calificado, sin perjuicio que en este último caso cuenten con jurisprudencia que les favorezca.

En mi concepto, es evidente que el *leaseback* es una figura compleja en que ambos negocios jurídicos, la venta y el leasing se justifican recíprocamente, pues la primera tuvo por causa la celebración de este, sin el cual no habría tenido lugar aquel y viceversa. Ello explica que pareciera más correcto hablar de una operación y no de contrato, pues se trata de una figura que conjuga préstamo, compraventa y arrendamiento o simplemente una compraventa vinculada con una operación de leasing, figura a esta última a la cual se le presenta como una suerte de arrendamiento con opción de compra o promesa de compra irrevocable. En concreto una operación económica, pero ello no significa que se trate de un solo contrato, o de una figura en que el *leaseback* subsuma a la compraventa o en la no existe un precio de compra por parte de la institución crediticia, sino una suerte de precio o costo de la operación.

De ello se sigue que es perfectamente posible plantear la rescisión por lesión enorme de la compraventa que antecedió al arrendamiento con opción de compra y que evidentemente, para los efectos de establecer la existencia de ella, habrá de determinarse cuál sería el precio de mercado y, por la regulación objetiva de esta figura en relación con la compraventa, no es del caso considerar factores como la situación de las partes o quien haya tenido la iniciativa contractual. Postular lo contrario, en mi concepto, supone debilitar la protección que la sanción a la lesión enorme en la compraventa voluntaria de bienes inmuebles supone, sin perjuicio de estar de acuerdo con la necesidad de revisar este instituto en los términos que Peñailillo³² ha sugerido y que son de suyo conocidos. De otra forma, el comprador-arrendador-financista estaría en una posición aún más ventajosa.

iii. EL LEASEBACK Y LA LEY DE OPERACIONES DE CRÉDITO DE DINERO.

Un debate similar se presenta en relación con la aplicación a su respecto de la ley de operaciones de crédito de dinero. Así, en una sentencia

³² PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL (2000). “Comentario de jurisprudencia: La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la imprevisión)”. *Revista de Derecho*. Universidad de Concepción, N° 208, páginas 209 a 237.

arbitral de segunda instancia, de 12 de noviembre de 2014, comentada por el profesor Rodrigo Pablo³³ se confirmó el fallo de la primera instancia que había determinado la calificación del *leaseback* como operación de crédito de dinero y, en consecuencia, la aplicación de las normas de orden público económico que dicha ley consagra. En este caso, la demandada financiera-compradora-arrendadora, pretendió la no aplicación al *leaseback* de la Ley N° 18.010, aseverando que en esta operación no se cobran intereses y que el leasing, en sus distintas modalidades, no puede ser considerado como una operación de crédito de dinero de las reguladas por la Ley N° 18.010 y el artículo 2.206 del Código Civil, pues las cuotas corresponden a rentas de arrendamiento libremente pactadas por el uso y goce de los inmuebles; más una mensualidad por el fondo de compra que constituye el precio por el que el arrendatario y promitente comprador recobraría el dominio de los inmuebles. Indica, que la renta efectivamente lleva implícita “una tasa”, mas no de interés por un crédito, sino una que representa la rentabilidad que espera del negocio inmobiliario del que está participando. Sobre la amortización añade que ella no se refiere al capital prestado, sino al invertido

³³ PABLO, RODRIGO. (2015). “Interés máximo convencional en los contratos de leasing y otras figuras afines”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 42 N° 3, pp. 1097 a 1116.

en el negocio inmobiliario. Agrega que el leasing no es una simulación, sino un contrato atípico integrado por dos contratos típicos: el arrendamiento y la promesa de compraventa, los que son usados de manera integrada con un fin distinto del que típicamente se les da, esto es, otorgar financiamiento, pero que dicha finalidad no lo convierte en una operación de crédito de dinero.

El tribunal desestimó esta alegación tomando como un aspecto central el analizar el motivo del contrato, al cual dio el alcance de causa del mismo, llegando a la conclusión de que lo verdaderamente querido por las partes era celebrar una “operación de financiamiento” que consistía en distintas operaciones por medio de las cuales una parte entrega dinero a otra, obligándose la segunda a restituirlo en un tiempo distinto, es decir, una operación de crédito de dinero, constituyéndose la propiedad como garantía.

El juez árbitro hizo también una interesante declaración para los efectos de este trabajo, al calificar al *leaseback* un contrato de financiamiento, en virtud del cual, una persona solicita a otra, el préstamo de una suma de dinero y se obliga a restituirlo, en un plazo determinado, conforme a modalidades de pago singulares y quedando resguardados los derechos de quien presta, por una garantía máxima, como es la de consolidar

–sin necesidad de ejercer acción judicial alguna– el dominio sobre un inmueble que se le ha transferido.

Por su parte, los árbitros que conformaron el Tribunal de segunda instancia consideraron pertinente destacar que lo que caracteriza a una operación de crédito de dinero es que en ella concurren los dos requisitos esenciales que conforman su definición, como son la entrega o promesa de entrega de dinero, por una parte, y la obligación restitutoria correlativa, por la otra, precisando que el concepto de operación de crédito de dinero no se refiere a ningún contrato en específico, sino –como su mismo nombre lo indica– se refiere a cualquier operación en que lo relevante es la entrega u obligación de entregar dinero con la obligación posterior de restituirlo.

En concreto, compartiendo el criterio en función del cual se desestimó la alegación de la financista-compradora-arrendadora es posible afirmar que la relación crediticia o préstamo de consumo que supone esta operación la acerca mucho a toda su problemática: lesión, usura, cláusulas abusivas, derecho a prepago, siendo evidente a su respecto la aplicación de las leyes que controlan las operaciones de crédito de dinero y que prohíben la usura. En todo caso, es del caso reconocer que normalmente el precio de esta modalidad de financiamiento, esto es, lo que pretende ganar el

comprador-arrendador (que en un mutuo denominaríamos simplemente interés y que en este caso denominamos canon o renta), será menor que el que debería pagar si recurriera a otras formas de financiamiento, tal como son más altos los intereses en un crédito de consumo cuando quien contrata tiene ante el sistema una aparente solvencia o cuando se recurre a alguna garantía, pues precisamente lo que explica las diferencias de “precio” en el préstamo de dinero o en las operaciones de financiamiento es la seguridad con la que opera el financista e incluso el costo y probabilidad de éxito de una eventual cobranza judicial, riesgos que el *leaseback* disminuye sustancialmente, configurándose incluso una suerte de “sobregarantía”. Ello explica que en el caso en comento se haya desestimado la alegación de la sociedad de leasing, pero no se acogiera la demanda por no haberse infringido el máximo interés permitido estipular.

En relación a este último aspecto, esto es, el interés más bajo asociado a este tipo de operaciones, se ha sugerido que ello debe ser considerado como un factor al tiempo de reconocer esta operación como lícita, suponiendo que para quien recurre a ella como modalidad de financiamiento pagará un costo menor y que es ello lo que lo llevará a garantizar con la propiedad pues de otra forma no lo haría. En mi concepto

dicho argumento a favor del *leaseback* peca de ingenuidad, pues basta con recordar la práctica de los prestamistas informales para advertir que un sujeto necesitado de dinero es capaz de aceptar lo que le pidan para obtener un crédito que él entiende o cree que le permitirá obtener liquidez para salir de la situación compleja en que se encuentra. Les invito a googlear y buscar publicidad en relación al *leaseback* para descubrir que el destinatario de la oferta que se encuentra en dicho espacio es precisamente quien por sus antecedentes financieros no puede acceder a la banca.

Por mucho que se trate de una figura que pudiera permitir disponer de recursos frescos a una empresa, es innegable que es una deuda que se contrae, siendo raro en esta figura pensar en la posibilidad de que el arrendatario no pretenda pagar todas las rentas y ejercer la opción de compra, lo que es muy posible en el leasing propiamente tal, ya sea por razones de obsolescencia de un bien o por razones de tributación. Precisamente, en el caso del “verdadero” *leasing*, muy probablemente ni al arrendatario-promitente comprador ni al arrendador-promitente vendedor les motive el ejercicio de la opción de compra, pues al mismo arrendador-promitente vendedor no le interesa que se ejerza la opción de compra y, normalmente, ofrecerá al arrendador-promitente comprador un nuevo

leasing, como ocurre en alguna medida en la denominada compra inteligente del mercado automotriz. En el *leaseback* no ejercer esa opción, conlleva para el vendedor-arrendatario con opción de compra, la pérdida definitiva de un bien de su activo.

iv. EL LEASEBACK Y LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS PENALES ASOCIADAS A ELLOS.

Un punto aparte es la validez de las cláusulas penales asociadas a un contrato de *leaseback*. En efecto, en mi concepto es algo que no puede dejar de ser revisado pues es frecuente que por medio de una cláusula penal se determine que, ante la falta de pago por parte del arrendatario de un mes de renta, el arrendador pueda resolver o terminar el contrato con la peculiaridad de que no sólo podrá retener las rentas ya pagadas sino que además podría cobrar todas aquellas que falten por pagar hasta completar todo el período pactado, sin perjuicio de que se queda, pues ya lo adquirió, con la propiedad bien objeto del *leaseback*. Por su parte, el arrendatario incumplidor no solo puede ser condenado a pagar toda la renta acordada, sino que además ha perdido la propiedad del bien.

Sobre este problema existe un tratamiento consistente por parte de Corral Talciani³⁴, sin perjuicio de los antecedentes que encontramos en la obra de don René Abeliuk³⁵, donde –citando sentencias tanto de la Corte Suprema como de Cortes de Apelaciones– se sostiene que no puede por medio de una cláusula penal, expresión de la autonomía de la voluntad, convenirse una pena que conlleve una supervivencia de obligaciones incausadas. No son pocos los casos en que frente a cláusulas penales leoninas nuestros tribunales han debido desentenderse de la ley de contrato y recurrir a las limitaciones que el legislador ha previsto para proteger a la parte más débil.

En este sentido, Corral Talciani advierte que se aprecia un desequilibrio en el resultado a favor del arrendador ya que, ante el incumplimiento por parte del arrendatario, obtiene –además de la totalidad de la prestación acordada en el contrato o una parte importante de esta– la restitución del bien invocando su condición de propietario. Por el contrario, el arrendatario incumplidor debe pagar toda la renta acordada y queda

³⁴ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. (2012). *La cláusula penal. Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, páginas 314 a 321.

³⁵ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. (2012). *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos*. Santiago de Chile: Legal Publishing, páginas 301 a 313.

privado de optar por la adquisición, que en el caso del *leaseback* supone verse impedido de readquirir lo que antes le pertenecía y que transfirió para garantizar y obtener el financiamiento. En razón de ello sugiere que, en el evento de la existencia de una cláusula penal compensatoria y a la vez sustitutiva e indemnizatoria, la solución debería ser la que él postula para el caso en que se pide la resolución y la pena compensatoria completa, esto es, procedería la pena, pero descontando el valor de la prestación restituida, esto es, el valor del bien objeto del leasing. Pero, si se ha pactado que la pena es punitiva, esto es, que se acumula con la obligación principal o la indemnización de perjuicios, o que tendrá lugar para el caso de resolución o terminación del contrato y como sanción por ella, sugiere que el demandado podría pedir la reducción de la pena excesiva, aplicándose el criterio del inciso 4° del artículo 1544 del Código Civil por tratarse de obligaciones de difícil apreciación o determinación, precisamente por la compleja estructura de la operación cuestionada. Precisamente el tratarse de un arrendamiento que se da en el contexto de una operación compleja y no de un simple contrato de arrendamiento es posible hacerse cargo de lo que permite el artículo 1955 del Código Civil. Por último, colocándose en el supuesto que ninguno de los remedios resulte procedente, considera que

existiría la posibilidad de alegar la nulidad del contrato de arrendamiento por causa ilícita, pues en un concepto, se trataría de un caso de fraude a la ley, sugiriendo que si ello se desprende de la sola lectura del contrato procede incluso su declaración oficiosa, lo que conllevaría la necesaria nulidad de la cláusula atendido su carácter accesorio por su función de garantía.

En este mismo orden de ideas, es posible sugerir que en los casos en que el objeto de la operación sea un inmueble, que en épocas de crisis suelen revalorizarse extraordinariamente, podría hacerse más interesante el negocio para el acreedor en orden a que el incumplimiento de su contraparte pudiera conllevarle, eventualmente, a un mayor beneficio que si el deudor cumple con sus obligaciones como arrendatario y ejerce la opción de recompra.

No puede dejar de ser llamativo que no sean pocos los casos en los que el comprador-arrendador prefiera instar por la resolución del contrato y no por su cumplimiento pues, en este último caso, solo recuperaría las cuotas adeudadas.

En este sentido, resulta interesante que en fallo arbitral de Ruiz-Tagle Decombe, actuando como juez árbitro arbitrador, refiriéndose al *leaseback* –junto con precisar que se trata de un contrato sui géneris, que

constituye una realidad unitaria e independiente de su naturaleza financiera—no obstante sostener que mal puede pretenderse que es un contrato de compraventa con pacto de recompra, arrendamiento o algo similar, hace presente que no desconoce la calidad eminente financiera del *leaseback*, razón por la cual, al resolver, se apartará de algunas estipulaciones convenidas por las partes, pues de aplicarse, nos distanciaríamos de un negocio meramente financiero y nacerían obligaciones gravosas, incluso tornándose leoninas, agregando que ello incluso es percibido por la propia demandante, al no haber demandado la totalidad de las prestaciones y derechos que le otorga el contrato. En este mismo orden de ideas, la ley 20720, Ley de Insolvencia y Reemprendimiento, que en sus artículos 225 y siguientes, regula los efectos del contrato de leasing en el proceso de liquidación de una empresa deudora, al regular el contenido de la verificación de créditos, permite incorporar únicamente las cuotas devengadas antes de la resolución de quiebra, dejándose para un proceso declarativo sumaria, la procedencia de las multas que hubiesen pactado en el contrato de leasing, lo cual permite al tribunal pronunciarse sobre la validez de la cláusula penal.

Muy fuertemente relacionado con el problema anterior, es interesante las prevenciones que en relación al valor de las cláusulas de aceleración se pueden formular, cuestión que trataremos al tiempo de analizar la posibilidad de controlar el *leaseback* por la aplicación del control de las cláusulas abusivas que contempla la ley de protección al consumidor.



CAPÍTULO IX

OTROS ASPECTOS QUE PUEDEN REVESTIR INTERÉS

i. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN AL EFECTO RESPECTO DE TERCEROS. CUESTIONES SOBRE OPONIBILIDAD.

Por otra parte, es una figura que evidentemente no solo afecta derechos que la ley consagra en favor de los deudores, sino que también limita su posibilidad de acceder a otras fuentes de liquidez o de endeudamiento, al no poder constituir prenda o hipoteca sobre los bienes objeto del *leaseback*, pues han salido de su patrimonio al cual sólo podrían volver al tiempo de ejercer la opción de compra, para lo cual ha debido pagar el crédito.

Precaria es la situación del vendedor-arrendatario con opción de compra, especialmente si analizamos esta figura en lo que dice relación con sus efectos respecto de terceros. Me refiero al tema de la oponibilidad de sus derechos como promitente-comprador o como arrendatario en el evento de

una eventual extinción del derecho del arrendador sobre la cosa arrendada. Este es otro de los varios problemas a los cuales se puede ver enfrentado quien para obtener financiamiento recurrió a esta figura, pues, tal como ocurría en Roma y que explica la regulación de un supuesto de retrousucapión, muy compleja es la situación del deudor que habiendo pagado la deuda se encontraba con la imposibilidad del acreedor de retransferirle la propiedad al haber salido el bien de su patrimonio. De ello se sigue que otro aspecto que debiera ser objeto de un estudio más profundo es el relativo a la oponibilidad del *leaseback* frente a terceros, siendo de suyo necesario considerar la existencia de un sistema registral para poder hacerlo valer frente a terceros y, muy especialmente, respecto de los bienes muebles, tal como ocurre con la prenda sin desplazamiento, que además ha debido recurrir a la penalización de ciertos hechos y actos del deudor.

Al respecto, resulta interesante la regulación que encontramos en el Código de Minería, en relación al contrato de *leasing*, cuerpo normativo que, en su artículo 169, que no solo valida en Chile la posibilidad de una promesa unilateral, sino que hace oponible la promesa a terceros al disponer que, si el contrato se ha otorgado por escritura pública y se ha inscrito en los

registros que refiere, estará obligado a celebrar la compraventa, en los mismos términos en que lo habría estado el promitente vendedor, todo aquel a quien se transfiera la cosa, a cualquier título. Además, para dicha promesa, el legislador, en el inciso tercero de la misma disposición, se ha preocupado de establecer que, si pendiente el contrato de promesa, y sin el consentimiento expreso del promitente comprador, se ejecuta un acto o celebra un contrato que limita o afecta o puede limitar o afectar la tenencia, posesión o propiedad de la cosa prometida, quedará resuelto ipso facto el acto o contrato, una vez celebrada la compraventa, salvo que el promitente comprador exprese su propósito de respetarlo, sustituyéndose en los derechos y obligaciones de su antecesor en el dominio. Por último, el inciso cuarto y final del artículo en comento precisa que los efectos recién referidos se aplicarán también al contrato de promesa de compraventa y al contrato de opción de compra, determinando que para éste último bastará la sola aceptación de la oferta irrevocable para que quede perfeccionada la compraventa propuesta, pero tanto la oferta como la aceptación deberán, en todo caso, constar por escritura pública.

ii. EL LEASEBACK, UNA SUPERPREFERENCIA.

Por otra parte, sin duda el *leaseback* es una operación económica que no solo permite al acreedor hacerse de la propiedad del bien y eludir las dificultades naturales que deben soportar quienes prestan, sino que además se configura como una suerte de súper garantía, lo que si bien no la transforma en ilícita, pues existen en nuestro ordenamiento otras formas de garantía que también constituyen una suerte de súper-protección al acreedor o potencial acreedor, como en las boletas bancarias de garantía o en los almacenes generales de depósito, pero que si deben ser considerados al tiempo de regular sus efectos. En efecto, esta figura no solo beneficia de sobremanera al acreedor en desmedro del deudor, sino que también afecta a los terceros, especialmente a otros acreedores pues repercute necesariamente en el mal denominado derecho general de prenda que consagra nuestro artículo 2465 de nuestro Código Civil y permite a un acreedor “el comprador-arrendador” imponerse por sobre las normas que regulan la denominada prelación de créditos, pasando por alto el mentado principio de *par conditio creditorum*. Es innegable que la figura, sin perjuicio de eventuales ventajas tributarias, mejora la situación del acreedor, pues se hace

de la propiedad del bien y frente al incumplimiento del deudor lo reclamará de éste o de terceros para lo cual dispone de la acción real, de lo que se sigue que por medio de esta operación se pueden frustrar las expectativas de terceros acreedores, especialmente en previsión de futuras situaciones concursables, transformando comprador-arrendador-promitente vendedor en una suerte de súper acreedor que está por sobre los trabajadores y otros acreedores de la primera clase.

iii. EL LEASEBACK Y LAS NORMAS SOBRE ELUSIÓN.

Por último, tengo serias dudas –las que se explican quizás por mis limitados conocimientos del derecho tributario– si atendida la última reforma tributaria y en especial las reglas que sancionan la elusión tributaria– respecto de la conveniencia de justificar y publicitar esta figura en función de las ventajas tributarias que se le atribuyen. Precisamente, la gran ventaja que puede reconocerse en el *leaseback* para quien recurre a ella como medio para obtener financiamiento es fundamentalmente tributaria: el vendedor vende el bien para poder seguir usándolo en condiciones fiscales más ventajosas y, de paso, obtener liquidez. En este sentido debemos

recordar que la elusión existe cuando las acciones y omisiones tendientes a evitar o disminuir el hecho generador se realiza por medios lícitos, sin infringir la ley; mediante la elusión lo que se busca es obtener una reducción de la carga tributaria utilizando medios legalmente irreprochables.



CAPÍTULO X

LA IMPORTANCIA DE CALIFICAR AL *LEASEBACK* COMO CONTRATO DE ADHESIÓN Y DE CONSUMO

i. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL.

Un último aspecto que me parece necesario abordar es la importancia que supone reconocer que el *leaseback* por una parte como contrato de adhesión, con las consecuencias que ello supone en relación a la interpretación del contrato y, en consecuencia, la extensión de sus efectos, conjugando adecuadamente normas básicas de nuestro sistema contractual como lo son los artículos 1445, 1545, 1546, 1560 y 1566 del Código Civil, procurando evitar la eficacia de cláusulas que suponen un desequilibrio o que afectan a una parte que puede perfectamente ser calificada como más débil, y por otra, la importancia de ser calificado como un contrato de consumo para los efectos de la aplicación a su respecto de las normas de la ley 19.496 sobre Protección de los derechos de los consumidores, tanto en lo que dice relación al carácter irrenunciable de los derechos que esta ley

consagra en favor del consumidor (artículo 4°), el control del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato, especialmente en función de las letras e) y g) del artículo 16 y lo dispuesto en su inciso final , con especial alusión a las modificaciones que introduce a dicho cuerpo normativo la ley 20.555 en relación a los productos y servicios de índole financiero.

En concreto, lo que se pretende sugerir es la eventual invalidez de algunas cláusulas de un contrato de *leaseback* a la luz de las disposiciones de la ley de protección al consumidor en lo que a las cláusulas abusivas se refiere.

En este sentido, el profesor Jorge Baraona González³⁶ nos advierte que el paradigma de la autonomía privada no encaja con la misma profundidad en los actos de consumo, precisando que el supuesto de fondo que se suele invocar para explicar la estricta regulación de los actos sujetos a la ley del consumidor, dice relación con un desequilibrio que se advierte entre los proveedores de bienes y servicios y los consumidores, de una falta de equilibrio o asimetría en materia de información y la necesidad de evitar, por lo mismo, abusos en contra de los consumidores, para luego hacer

³⁶ BARAHONA GONZÁLEZ, JORGE. (2014). “La regulación contenida en la ley 19496 sobre protección de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, páginas 381 a 408.

referencia a lo que califica como un tema de orden público económico, por el cual se postula que el desarrollo de la economía y del consumo exige ofrecer confianza a los consumidores , en donde al proveedor no solo se le exige transparencia en la oferta sino en general lealtad en el cumplimiento de buenas prácticas comerciales, la buena fe llega entonces a exigir una operación comercial respetuosa de los consumidores. De esta forma, todo el sistema de derechos que la ley 19496 consagra en favor de los consumidores, se constituye en una barrera infranqueable para la libertad contractual, desde el momento que existe un elenco amplio de derechos del consumidor, que no pueden ser renunciados.

Por su parte, el profesor Rodrigo Momberg Uribe³⁷ nos enseña que una de las situaciones en que los postulados tradicionales sobre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual pierden fuerza, para dar pasos a restricciones de la libertad contractual en su sentido clásico, es el caso de los contratos de adhesión y, en particular, del control de las cláusulas abusivas contenidos en ellos, destacando que la mayoría de las legislaciones contemporáneas han incorporado algún mecanismo de control respecto de

³⁷ MOMBERG, RODRIGO. (2013). “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención en el contrato”, *Revista de Derecho*, Vol. XXVI-N° 1, julio de 2013, páginas 9 a 27.

tales cláusulas, permitiendo en mayor o menor medida la intervención de un tercero ajeno, por lo general el juez, en el contenido del contrato. Al respecto destaca que, a nivel de Corte de Apelaciones, en los últimos años se ha ido asentando una jurisprudencia que en rigor implica la modificación de contratos vigentes, a través del control de cláusulas abusivas, tanto en contratos de consumo como, pero en menor medida, de contratos civiles y comerciales. El fundamento último de estas sentencias ha sido en todos los casos la excesiva desproporción entre las contraprestaciones lo cual, en su concepto, podría interpretarse como una renovada visión judicial en cuanto a controlar no solo la justicia formal del acuerdo, sino también su justicia material o sustantiva. Al efecto cita un fallo, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de junio de 2010, rol 5484-2009, que decretó la nulidad de una cláusula penal establecida en un contrato de sub-arrendamiento, la que la Corte calificó como abusiva, pero sin referencia alguna al artículo 1544 del Código Civil. En el mismo sentido cita un fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 16 de agosto de 2010, rol 24-2010, que estableció la nulidad de una cláusula penal por ser extremadamente favorable solo para el promitente vendedor, ya que la cláusula generaba una desproporción contraria al concepto de buena fe contemplado en el artículo

16 letra g), causando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, lo que no resulta aceptable conforme a las normas de equidad que deben existir en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión.

En este mismo sentido, interesante es indagar respecto si el pretender con el uso de figura *sui generis* eludir prohibiciones o restricciones que se establecen para los contratos típicos constituye una suerte de atentado en contra de la buena fe, especialmente si se considera, tal como lo destaca el profesor Rodrigo Barcia Lehmann³⁸, en un trabajo cuyo objeto era el análisis de la letra G del artículo 16 de la ley de protección de los derechos de los consumidores, advierte que en las sentencias que él analiza se advierte que la alteración de los elementos de la naturaleza de un contrato es invocada como argumento para calificar una cláusula como abusiva, como ocurre en el caso del mandato que exime al mandatario de rendir cuenta o aquella que puede generar un doble pago.

³⁸ BARCIA LEHMANN, RODRIGO. (2016). “Análisis de la letra G del artículo 16 de la ley de protección de los derechos de los consumidores a la luz de la jurisprudencia”. *Sentencia destacadas N° 2016*, enero 2016, Editor Libertad y Desarrollo, Santiago, Chile.

Al respecto interesantes son las prevenciones que el profesor Rodrigo Momberg³⁹ formula en relación a las cláusulas de aceleración, destacando lo común que es esta estipulación en la práctica comercial y bancaria, contratos que presentan como una de sus características relevantes ser un contrato de adhesión, de suerte que si dicho cliente es un consumidor o una micro o pequeña empresa, las mencionadas cláusulas quedan sujetas a la normativa sobre cláusulas abusivas de la ley N° 19.496 y sus modificaciones. En concepto del profesor Momberg, bajo ciertos supuestos, las cláusulas de aceleración pueden constituirse en abusivas, y por lo tanto, ser declaradas nulas por los tribunales.

Al efecto refiere que la caducidad del plazo constituye una excepción a la regla general que el plazo se extingue a su vencimiento y que sólo de manera extraordinaria la ley prevé que el plazo se extinga antes de su vencimiento. En todo caso, precisa que estando el plazo está establecido convencionalmente en favor del deudor o de ambas partes, sólo un acontecimiento extraordinario debe ser capaz de alterar la voluntad original de los contratantes.

³⁹ MOMBERG URIBE, RODRIGO. (2015). “La cláusula de aceleración como cláusula abusiva”. *Estudios de Derecho, Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, páginas 601 a 616.

Agrega que la doctrina nacional es acorde en señalar que el fundamento de la caducidad legal es evitar que el acreedor se vea privado de su prestación por el hecho de tener que esperar el vencimiento del plazo para exigirla. Es ese el interés que debe protegerse y al que deben también responder las cláusulas de caducidad convencional y que en función de ello, no se ve razón para que dicha finalidad no sea relevante en el caso de caducidad convencional, aún si se trata de contratos de adhesión, pero debe recordarse que en este tipo de contratos, la libertad contractual, especialmente, del adherente, se encuentra bastante disminuida y, en razón de ello, el legislador busca recomponer el desequilibrio estructural que ellos suponen, al encontrarse una de las partes sometida a las estipulaciones de la otra, sin posibilidad de negociar ni influir en el contenido del contrato. En tal entendido, la lista de cláusulas abusivas sancionadas en el artículo 16 de la LPC es un claro ejemplo de lo señalado.

De esta manera, en los contratos de adhesión, la mera referencia a la libertad contractual deja de ser suficiente para justificar por sí sola la validez de las mencionadas cláusulas. En efecto, el autor en referencia considera que, si ellas no están destinadas a resguardar el interés del acreedor ante situaciones que amenacen efectivamente el cumplimiento cierto de la

obligación principal, se produce una alteración en el equilibrio del contrato que en el caso de contratos de adhesión no puede ser justificada recurriendo simplemente al principio de libertad de contratación.

En su concepto, la abusividad de una cláusula de aceleración debe determinarse utilizando los parámetros del artículo 16 letra g, esto es, sí contra las exigencias de la buena fe objetiva, causa un desequilibrio importante en los derechos y deberes de las partes. Para dicho análisis, la norma agrega que deberá atenderse a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen.

Lo que el profesor Momberg refiere respecto de las cláusulas de aceleración es perfectamente replicable a las cláusulas penales.

Por otra parte, en relación a un eventual control del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato *sui generis*, como se ha caracterizado tanto al *leasing* como al *leaseback*, un tema no menor es la legitimación activa que debiera reconocérsele a los tribunales, precisamente por cuanto a la ley de protección al consumidor no se precisa nada respecto de la posibilidad de actuar oficiosamente el tribunal. En este sentido parece muy interesante la solución que existe en el Derecho inglés, específicamente en la Consumer Rights Act 2015, según nos informa la profesora María Elena Morales

Ortiz⁴⁰ en orden a que dicha “ley” establece reglas generales de acuerdo con las cuales una cláusula se considera justa o equitativa, definiendo que se entiende por cláusula abusiva y enuncia los elementos que se deben tener en cuenta para determinar si una cláusula es justa o equitativa y, quizás lo más interesante, establece que los jueces deben considerar la justicia o equidad de una cláusula, incluso, si ninguna de las partes lo han planteado.

En todo caso, no son pocos los que han sugerido, en función de la lectura e interpretación del artículo 16 A de la ley 19496, que la nulidad de las cláusulas abusivas deriva directamente de la ley, y la intervención del juez debe limitarse a constatar el carácter abusivo de la misma y declarar su nulidad.

Es conveniente advertir que la cuestión de las cláusulas abusivas supera el ámbito de los contratos de consumo, pues se vincula más bien con los contratos de adhesión, lo que normalmente es desarrollado en nuestras cátedras ya al tiempo del estudio de las normas de interpretación y cuando desarrollamos el mentado principio de protección a la buena fe, lo cual no es del caso abordar en este trabajo. Lo interesante es advertir que la ley

⁴⁰ MORALES ORTIZ, MARÍA ELENA. (2017). “La reforma al Derecho inglés en materia de cláusulas abusivas”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28, junio de 2017, páginas 281 a 304.

19496 es en nuestro sistema jurídico, por muy especial que sea en cuanto a su ámbito de aplicación, un referente pues en ella se regula con algún grado de profundidad y precisión no solo el contrato de adhesión, sino también las cláusulas abusivas.

En este sentido, el profesor Baraona⁴¹ considera que el derecho de consumo en esta parte influirá particularmente en el derecho común.

En un sentido más o menos similar, la profesora Patricia Verónica López Díaz⁴², analizando el principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional, precisa que una de las grandes novedades que introdujo el proceso de modernización del Derecho Contractual a propósito del incumplimiento ha sido la articulación de los medios de tutela del acreedor y las excepciones o límites a su procedencia, destacando en relación a estas últimas, el costo excesivo de la ejecución de la prestación y que la pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe o bien, eventualmente, para

⁴¹ BARAHONA GONZÁLEZ, JORGE. (2014). Obra citada.

⁴² LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA. (2015). “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, diciembre 2015, páginas 115 a 181.

reformular la noción o procedencia de lesión enorme contenida en el Código Civil chileno concibiéndola como una causal de adaptación de un contrato, fundando esta última precisamente en la existencia de un común denominador que no se reconduce a los casos que regula el legislador, sino al desequilibrio prestacional cualquiera sea el acto en que se verifique.

ii. ALGUNOS COMENTARIOS EN FUNCIÓN DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 20.555, “SERNAC FINANCIERO”.

Independiente de lo expuesto anteriormente y en función de una mayor protección de quienes se ven en la necesidad de recurrir a estas modernas operaciones financieras, reconociendo que el *leaseback* y el *leasing* como contratos sui generis y eventualmente lícitos, es innegable su calificación como contrato de adhesión y en el evento de que sea utilizado por bancos e instituciones financieras, serían aplicables a su respecto las normas que la ley 20.555 introduce, que coloquialmente, suele ser denominada como “Sernac financiero”, pero que ello no excluye que los tribunales y la doctrina tenga que ser más activa en crear mecanismos que permitan auxiliar a este “consumidor-adherente” y no esperar la lenta

reacción del legislador o confiar en la virtudes de nuestro mercado y de los operadores financieros, pues y sólo como un dato anecdótico, es del caso tener presente que un tema muy publicitado al tiempo de entrada en vigencia de la ley fue el “Sello Sernac Financiero”, esto es, una especie de certificado que garantiza que todos los contratos de los productos que ofrece una entidad financiero están visados por el Sernac, sello que sería adoptada de manera voluntaria por las instituciones. Lo interesante es que, a seis años de implementado, con la entrada en vigencia del Reglamento, ha producido cero certificaciones bajo su alero, lo que se ha traducido en la presentación de un proyecto de ley que busca modificar la ley 19496 para imponer el sello Sernac en contratos de adhesión celebrados con bancos y otras entidades que indica.

En todo caso, ello no es una novedad, pues en un artículo del Diario La Segunda⁴³, publicado a un mes de la entrada en vigencia del Reglamento que regula la obtención del sello Sernac, ya se advertía que ningún banco había iniciado los trámites para certificarse, lo que el autor del artículo gráfico de la siguiente forma “extraoficialmente la respuesta de consenso es

⁴³ LA SEGUNDA ONLINE. www.lasegunda.com/Noticias/Economia/2012/09/779230/por-que-los-bancos-no-adhieren-al-sello-sernac-a-mas-de-un-mes-de-promulgarse

que no tenían mucho interés en implementarlo por las limitaciones y costo que conlleva, además de constituir una suerte de incentivo para que los clientes reclamen, cuestionando implícitamente las causales para perder el sello y en el evento de tener que llegar a instancias de mediación o de arbitraje son las entidades financieras las que deben cubrir los costos que ello conlleve. Evidentemente ésta no era la respuesta que daban los representantes de las entidades financieras quienes cuestionaban lo burocrático que resultaba y una eventual limitación a la innovación.

En este sentido, un ex superintendente de Bancos, Ernesto Livacic, sugirió en una entrevista, que a las instituciones que prestan servicios financieros se les ha cargado demasiado la mano y que no tendrían espacio para acoger este tipo de iniciativas. Por su parte el Presidente de la Cámara Nacional de Comercio, Carlos Eugenio Jorquera, señalaba en un sentido similar que el sector afrontaba una sobrerregulación y aconsejaba que las empresas no suscribieran el Sello Sernac.

CONCLUSIONES.

1. El *leaseback* no difiere sustancialmente de la vieja y abandonada *fiducia cum creditore*, constituyendo una forma de garantía real con pacto *commissorio*.
2. Este contrato “sui generis” no solo afecta los intereses del deudor, sino que también es perjudicial para los terceros, en especial para otros acreedores, pues no solo carecería del estatuto protector que el legislador ha previsto para los contratos u operaciones típicas a los que se recurre para llevar a cabo la operación, sino que, además, invierte o altera el orden de las dificultades naturales a las que normalmente se enfrenta quién presta para recuperar su crédito, configurándose una suerte de súper-garantía que burla la protección que se pretende con la denominada prelación de créditos.

En todo caso, es de suyo reconocer que, frente a un incumplimiento del deudor, el actual procedimiento ejecutivo y su regulación, en especial, el reconocimiento al acreedor del derecho, bajo ciertas condiciones, de adjudicarse el bien hipotecado o prendado, podría permitir que se configurara lo que supuestamente se pretende al

prohibirse el pacto comisorio, bastando al efecto recordar el tristemente recordado caso de la financiera Eurolatina, En el mismo sentido es de suyo tener presente en nuestro medio tanto la procedencia de la dación en pago y la falta de regulación del denominado pacto marciano.

3. El *leaseback*, por carecer de una adecuada regulación legal y tener una incipiente tipificación social, es una operación que debe ser objeto de una adecuada regulación legal. Si bien la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en su Recopilación Actualizada de Normas, Capítulo 8-37 establece una suerte de regulación de las condiciones bajo las cuales los bancos e instituciones financieras pueden realizar operaciones de leasing, entre las cuales se considera el *leaseback*, no contiene norma alguna que diga relación con los problemas que hemos sugerido en relación a esta última figura. En el mismo sentido, la nueva ley de Insolvencia y Reemprendimiento, en sus artículos 225 y siguientes, si bien regula los efectos del contrato de leasing, es evidente que dicha regulación no es enteramente aplicable al *leaseback*, salvo, eventualmente, en lo que dice relación

con la regulación de la verificación de los créditos devengados antes de la resolución de liquidación.

El *leaseback*, independiente de su licitud o ilicitud, otorga al acreedor una situación privilegiada respecto de otros acreedores y coloca al deudor en una posición muy delicada, haciendo necesaria una regulación legislativa que proteja la situación del vendedor-arrendatario-comprador, especialmente en cuanto a la proporcionalidad de la garantía en relación con el crédito asegurado y los efectos que se siguen al no pago oportuno de la “renta de arrendamiento”, y que, al mismo tiempo, regule la oponibilidad de esta operación frente a terceros y cautele la situación de otros acreedores.

4. Si la conclusión a la que se llega respecto de la calificación de los contratos en referencia, es la de caracterizarlos como “sui géneris”, con lo que se quiere significar que no calza con ningún contrato típico, es innegable el protagonismo que adquieren por vía de su aplicación analógica y supletoria, tanto las normas de leyes que regulan el arrendamiento, esto es, tanto la ley 18010 como la ley

19281, las normas que sobre cláusulas abusivas contempla la ley 19.496 y las normas que para los contratos típicos contempla nuestra Código Civil, es especial aquellas que se vinculan con los contratos a los que se recurre, pues evidentemente estas normas conllevan un control del equilibrio contractual.

5. De esta forma, quienes quieran operar en el mercado financiero mediante modalidades no tipificadas por el legislador, como es lo que ocurre con el *leasing* o el *leaseback*, salvo que se encuadren en alguna de las modalidades que regula la ley 19291, deberían abstenerse de realizar conductas que conlleven una afectación del equilibrio contractual, encontrándose nuestros tribunales autorizados y legitimados para hacer valer las disposiciones que dicha ley consagra respecto de las cláusulas abusivas.
6. El *leaseback* debe ser objeto de mayor revisión por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, pudiendo desde ya sugerirse que debe ser controlado con base en los principios y limitaciones del que podríamos denominar derecho de fondo.

BIBLIOGRAFÍA.

ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. (2012). *Contrato de promesa, de opción y otros acuerdos previos*. Santiago de Chile: Legal Publishing.

ARCE GARGOLLO, JAVIER. (2005). “El contrato atípico en el orden jurídico mexicano, Derecho Privado”, *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Coordinador Jorge Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México, México, páginas 149 a 172.

BARAHONA GONZÁLEZ, JORGE. (2014). “La regulación contenida en la ley 19496 sobre protección de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, páginas 381 a 408.

BARCIA LEHMANN, RODRIGO. (2016). “Análisis de la letra G del artículo 16 de la ley de protección de los derechos de los consumidores a la luz de la jurisprudencia”. *Sentencia destacadas N° 2016*, enero 2016, Editor Libertad y Desarrollo, Santiago, Chile.

CASTRO, FEDERICO DE. (1982). “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la Competencia. El Orden Público. La protección del consumidor”. *IV Anuario Derecho Civil*, páginas 1021, 1030 y 1031.

CORRAL TALCIANNI, HERNÁN. (1997). “Nuevas formas de contratación y sistema de derecho privado”. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 201, año LVX, enero a junio, 1997, páginas 59 a 71.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. (2012). *La cláusula penal. Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, páginas 314-321

CORRAL TALCIANI, HERNÁN. (2010). *Contratos y daños por incumplimiento. Estudios sobre su régimen jurídico y la responsabilidad por incumplimiento*. Legal Publishing Chile, 1ª edición, páginas 29 y 30

CORRAL TALCIANI, HERNÁN (2014). “El J.J. Aguirre y el leaseback”. *Derecho y Academia*. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2014/01/12/el-j-j-aguirre-y-el-leaseback> [Fecha de consulta: 5 de enero de 2018].

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (2014) “Comentarios de Jurisprudencia: Contratos especiales”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 7, páginas 272 a 277. Disponible en http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/09/7_Revista_Fundacion_Fueyo.pdf [Fecha de consulta: 5 de enero de 2018].

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN. (1981). “La autonomía privada, decadencia y renacimiento”. *Revista de Derecho*, Concepción, N° 169, año XLVIII, enero a junio, página 38

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN. (2012). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2ª edición actualizada, página 29

GARCÍA GARRIDO, MANUEL. (2010). *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*. Madrid: Dykinson S.L, página 95

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. (1996). *Derecho Privado Romano*. Vol. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, páginas 108 a 119 y 649 a 652

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. (2011). *Tratado de la prenda sin desplazamiento según el Derecho chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, páginas 17 a 21

ÍÑIGO DE LA MAZA (2014). “La buena fe como dispositivo de ponderación”. *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*. Legal Publishing, 1ª edición, páginas 201 a 225

www.lasegunda.com/Noticias/Economia/2012/09/779230/por-que-los-bancos-no-adhieren-al-sello-sernac-a-mas-de-un-mes-de-promulgarse

LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA. (2015). “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, diciembre 2015, páginas 115 a 181.

LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. (2017). *Los Contratos. Parte General*. Thomson Reuters, 6ª edición, página 221

LORENZETTI, RICARDO. (1996). “Contratos modernos: ¿Conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual”. *Revista AEU.*, vol 82, n° 1-12, ene./dic. 1996, páginas 33 a 48

MOMBERG, RODRIGO. (2013). “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención en el contrato”, *Revista de Derecho*, Vol. XXVI-N° 1, julio de 2013, páginas 9 a 27.

MOMBERG URIBE, RODRIGO. (2015). “La cláusula de aceleración como cláusula abusiva”. *Estudios de Derecho, Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, páginas 601 a 616.

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL. (2014). *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*. Legal Publishing, Santiago, Chile, 1ª edición, página 38

MORALES ORTIZ, MARÍA ELENA. (2017). “La reforma al Derecho inglés en materia de cláusulas abusivas”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28, junio de 2017, páginas 281 a 304.

NASSER OLEA, MARCELO. (2010). *Asimilaciones a la compraventa en el Derecho Romano*. Santiago: Legal Publishing Chile, páginas 129 y 130.

PABLO, RODRIGO. (2015). “Interés máximo convencional en los contratos de leasing y otras figuras afines”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 42 N° 3, pp. 1097 a 1116.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL (2000). “Comentario de jurisprudencia: La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la imprevisión)”. *Revista de Derecho*. Universidad de Concepción, N° 208, páginas 209 a 237.

PEÑAILILLO ARÉVALO, DANIEL. (2003). *Las Obligaciones, Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, página 48

QUINTERO FUENTES, DAVID. “Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la compensación económica”. *Rev. derecho (Valdivia)* v.22 n.2 Valdivia dic. 2009

SAMPER POLO, FRANCISCO. (2003). *Derecho Romano*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, páginas 312 a 313

SCHULZ, FRITZ (1960). *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch, páginas 382 a 408

SELMAN NAHUM, ARTURO. (2011). “La cláusula penal en el contrato de leasing y su nulidad por falta de causa: una evolución en la jurisprudencia”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 2, páginas 611 a 622

TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. (2005). *Código Civil 1855-2005, Evolución y Perspectivas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Página 210

WEGMANN STOCKEBRAND, ADOLFO (2009). “Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13, páginas 95 a 122.

ZIMMERMANN, REINHARD. (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas, Editorial Bosch, S.A. Barcelona, España, 1ª edición, páginas 184 a 186 y 239 a 240.

JURISPRUDENCIA CITADA

Banco de Chile/Avalos Moscoso Leonel Esteban y otro (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de febrero de 2017, rol 13.386-2016. Citada en página 82

CFC Capital S.A./Gestión de Cobranza del Norte Limitada/Gallardo Sánchez, Carlos Antonio (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de abril de 2015, rol 3044-2015. Citada en página 83

González Miranda, María Yolanda con Empresa Econac Concreces S.A.: Corte de Apelaciones de la Serena, 02 de enero de 2014, causa rol 1422/2013. Citada en página 84.

Alcázar Cruz con Servicios Financieros El Progreso S.A. (2015): 4º Juzgado Civil de Santiago, 9 de abril de 2015. Citada en página 95.

Seguros de Vida L.C. S.A. con Empresa Constructora C. Limitada: Árbitro arbitrador: Francisco Ruiz Tagle Decombe, 6 de marzo de 2000. Disponible en http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/148-99.pdf

