



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO

T E S I N A

El problema del desequilibrio de las prestaciones en el contrato de factoring en Chile

AUTOR: GONZALO GARÍN ROSSI

PROFESORA GUÍA: KATRINA BADILLA GUZMÁN

AGOSTO, 2010

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen.....	4
Introducción.....	4
Capítulo I: Exposición del problema.....	6
1.- Planteamiento del problema.....	6
2.- Situación en Chile.....	7
2.1.- Factoring sin responsabilidad.....	9
2.2.- Factoring sin notificación.....	12
2.3.- Normativa aplicable.....	14
Capítulo II: Posibles soluciones al problema.....	18
1.- Posibles soluciones.....	18
1.1.- Negación de su carácter contractual.....	18
1.2.- Ampliando el concepto de lesión.	19
1.3.- Por la vía de la interpretación.....	21
1.4.- Por obra de la jurisprudencia.....	22
1.5.- Fomentando la contratación tipo bilateral.....	24
1.6.- Recurriendo al legislador.....	26
1.6.1.- Dirigismo especial.....	28
1.6.2.- Dirigismo general.....	30
Capítulo III: Resolución del problema.....	33
1.- Consideraciones generales.....	33
2.- Soluciones <i>a posteriori</i>	34
3.- Soluciones <i>a priori</i>	36
Conclusiones.....	40

Bibliografía.....43

Resumen.

En la primera parte del presente trabajo, se realizará un análisis acerca de cómo se presenta el contrato de factoring en Chile y la problemática que éste genera, a saber, el desequilibrio de las prestaciones de las partes contratantes. La segunda parte analiza varias soluciones, formuladas por la doctrina para solucionar los fenómenos negativos que son generados por la contratación por adhesión, soluciones aplicables perfectamente al contrato de factoring. La tercera y última parte, determinará cual de estas soluciones resulta idónea para solucionar el problema que se ha generado, debido a la forma en que se ha aplicado en nuestro país el contrato en estudio.

Palabras Claves: Contrato de factoring, desequilibrio de las prestaciones, contratación por adhesión.

Introducción.

En el presente trabajo se busca abordar el problema que se genera con el contrato de factoring en nuestro país, que dice relación con el desequilibrio de las prestaciones de las partes contratantes, o dicho de otro modo, con la diferencia existente entre las obligaciones y responsabilidades que son contraídas y asumidas – respectivamente- por el cliente y el factor, pues, como se verá en el desarrollo de la investigación, existen grandes diferencias, las que son consecuencia de la forma en que se manifiesta esta figura contractual en nuestra práctica mercantil

La operación en cuestión, se puede definir como un convenio continuo, mediante el cual una institución financiera asume las funciones de crédito y cobro de su cliente y compra sus facturas en el momento en que son extendidas, sin poder beneficiarse de un recurso contra él, en caso de no pago de las mismas.

El problema en cuestión, no encuentra una solución satisfactoria en el actual estado de nuestro ordenamiento jurídico, por tanto es necesario buscar una solución innovadora, lo que es precisamente el objetivo del presente trabajo. En consecuencia en el desarrollo de esta investigación, se buscará dejar de manifiesto cuales son las causales que generan este desequilibrio de las prestaciones en el contrato de factoring, para posteriormente plantear

una solución al mismo, esto es, una medida que sirva para terminar con esta desproporción, o al menos, limitarla a un nivel tolerable.

El tema que se desarrollará en las siguientes páginas, es de suma importancia para el crecimiento y fomento de la economía nacional, particularmente en lo relativo al auge de la pequeña y mediana empresa – más conocidas como Pymes - pues la falta de regulación del contrato de factoring en nuestro ordenamiento jurídico, permite que las empresas que ofrecen el servicio de factoring impongan cláusulas leoninas a sus clientes, para lo cual, se valen de la figura del contrato de adhesión. Es por esto, que una pronta solución al problema enunciado será de gran utilidad para las Pymes, ya que, con un ordenamiento jurídico que impida estos abusos, se darán las condiciones para un mejor desarrollo de estas empresas, ya que se presentarán condiciones más favorables, para recurrir al servicio que prestan las empresas de factoring.

Así, en el del primer capítulo se hará referencia al contrato de factoring en general, pero poniendo énfasis a como se presenta esta operación en nuestra práctica comercial, de manera que, se intentará dejar de manifiesto la existencia del desequilibrio de las prestaciones de las partes y cuáles son las causas del mismo. En el capítulo segundo, se desarrollarán diversos métodos tratados por la doctrina nacional e internacional, para poner coto al desequilibrio de las prestaciones de las partes, que se producen con la contratación por adhesión, medidas que son perfectamente aplicables al contrato de factoring. Por último en el capítulo tercero determinaré cual o cuales de las medidas tratadas en el capítulo precedente son idóneas para poner límites al problema en cuestión.

Capítulo I: Exposición del problema.

1.- Planteamiento del problema

El contrato de factoring en nuestro país, se presenta en la práctica de una manera muy distinta a la que sucede en otros países, principalmente Estados Unidos y gran parte de los países europeos. Diferencia que no se ve plasmada, salvo excepciones, dentro de la literatura nacional sobre el tema, doctrina que al tratar de este contrato, precisamente lo que hace es describir aspectos teóricos o inspirados en lo que sucede en la práctica internacional, pero sin profundizar en lo que realmente acontece en nuestro sistema, es común, en los manuales señalar una gran gama de clasificaciones del factoring y de servicios que ofrece la empresa de factoring, que en la práctica nacional son desconocidas, o bien, se trata de servicios de escasísima aplicación.

Más adelante, analizaré como es que se da el factoring -en la mayoría de los casos - en la práctica comercial chilena, cuestión que a mi parecer genera un problema, a saber; que estamos frente a un contrato atípico, que queda sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, pero con la particularidad que nos encontramos en presencia de un contrato de adhesión, cuestión – que como ya sabemos – restringe o limita al máximo los principios de libre discusión del contrato y autonomía de la voluntad, acá hay una oferta del factor, que contiene todas la cláusulas del contrato, no teniendo el cliente más opciones que aceptar o rechazar la oferta.

Entonces, en síntesis, el factor se encuentra en una posición dominante, existiendo un gran desequilibrio negocial, aspectos que ineludiblemente llevan a situaciones de abusos que sufridas por los clientes, que se traducen en un desequilibrio de las prestaciones de las partes, cuestión que será el tema objeto de análisis en este trabajo.

Por tanto, este contrato de colaboración empresaria – que en teoría permite un mayor desarrollo económico para las empresas que recurren a el, precisamente porque encomiendan a un tercero la gestión de cobro de sus créditos devengados, reciben apoyo técnico y contable del factor, traspasan el riesgo de insolvencia de sus deudores al factor y muchas otras virtudes que posteriormente analizaré- en Chile, no produce dichos efectos en la gran mayoría de los casos, sino que a la inversa, es decir, a este contrato recurren

empresas, principalmente las pequeñas y medianas empresas, que se encuentran comprometidas financieramente, y que ven en el factoring una oportunidad de liquidez, pero a un altísimo costo, que se traduce en el pago de comisiones e intereses que pueden exceder los máximos legales.

Porque, si examinamos qué es lo que sucede efectivamente cuando este contrato se genera en la práctica, lo que sustancialmente hay es un préstamo dinerario a interés, que se manifiesta en forma de anticipo – que si bien, como sabemos, no es un elemento de la esencia del contrato de factoring, estadísticamente se puede afirmar que en nuestra realidad está muy presente- que otorga la empresa de factoraje al cliente, anticipo que en la práctica no supera del 80% del valor del documento, completando el saldo restante una vez que el crédito cedido haya sido pagado por el deudor, pero el factor por este anticipo cobra un interés, y es aquí donde se presenta el problema, porque la tasa de interés puede superar – y de hecho muchas veces sucede- a las tasas de interés cobradas a los mutuos o préstamos de consumo en el mercado formal, generándose un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, incluso pudiendo constituirse el delito de usura regulado y penado en nuestro Código Penal, a esto agregamos que no es la única remuneración que recibe el factor, porque, él también percibirá una serie de comisiones por los diferentes servicios que se puedan contratar.

2.- Situación en Chile.

Como señalé anteriormente, en Chile la situación del contrato de factoring en la práctica es distinta a lo que ocurre en el derecho comparado. Así, de los distintos tipos de factoring que existen, en Chile solamente se presentan la minoría de ellos y respecto con los servicios que ofrece la empresa de factoring sucede lo mismo. En esta misma idea Jaime Batarce señala - luego de mencionar un gran número de clasificaciones que admite el factoring- que “en Chile muchas de las distinciones anteriores no han tenido su comienzo y otras no son muy comunes” (2001: p. 51).

De la gran gama de servicios que presta la empresa de factoring, en teoría y en la práctica internacional, analizaré cuales de dichos servicios son los que se ofrecen y prestan

en nuestra práctica comercial por los factores. En primer lugar enumeraré cuales son estos servicios, para posteriormente ver como se nos presentan. Entre los servicios que ofrece el factor a nivel internacional, se pueden mencionar los servicios de financiamiento, reducción del riesgo, administración de la cobranza, procesamiento de datos y asesorías varias.

En Chile el servicio de *financiamiento* – conocido también como factoring a la vista- en que el factor efectúa un anticipo - que en verdad es un verdadero préstamo a interés- al cliente por la cesión de la factura, es el dominante; es el servicio ofrecido en gran medida por las empresas de factoring y que ha permitido su desarrollo. En cuanto al servicio de *reducción de riesgo*, en Chile sólo se ofrece de manera indirecta, y es indirecto porque no me refiero al *factoring sin responsabilidad*, que como ya señalaré en Chile se da de manera escasa, sino que me refiero a que al ser una empresa especializada la que se encarga de cobrar los créditos, existe una menor posibilidad de que estos queden sin pagar, en otras palabras, las probables pérdidas se reducen. Por otra parte, se podría señalar que el factor implícitamente asuma el riesgo de insolvencia de un deudor de su cliente, en aquellos casos que la solvencia del cliente sea baja y la responsabilidad explícita del cedente sólo conste nominalmente, sin utilidad práctica para el factor. Acerca del servicio de *administración de cobranza*, se puede afirmar que es una prestación bastante limitada, debido a la inexistencia de exclusividad del cliente; los clientes no mantienen la exclusividad de entregar o asignar determinados deudores a determinados factores. Respecto del *procesamiento de datos* y otros servicios como lo son las asesorías financieras, técnicas, económicas y contables, en la práctica no se contratan debido a que estas prestaciones existían en el mercado mucho antes que el surgimiento y desarrollo del factoring (Batarce, 2001: pp. 52-53).

Analizaré, particularmente dos situaciones que se producen en Chile, que difieren de lo que acontece en la práctica comparada, que consisten en dos modalidades en que se contrata el factoring en Chile, a saber, *sin responsabilidad* y *sin notificación*.

2.1- Factoring sin responsabilidad.

Esto, está muy vinculado con uno de los servicios que puede prestar la empresa de factoring, cuál es, el servicio de garantía. En el *factoring sin responsabilidad*, el factor no ofrece este servicio, que consiste en que “el factor en su carácter de adquirente de los créditos del empresario asumiría la contingencia del no pago de estos créditos, en razón de la insolvencia de los deudores” por tanto, el *factoring sin responsabilidad* es aquel en que el factor no responderá por la insolvencia de los deudores. Este tipo de factoring es el que se da en la práctica chilena, en la gran mayoría de los casos (Marré, 1995: p. 165).

El factoring sin responsabilidad no es un servicio muy frecuente. No obstante, el factor en Chile está dispuesto a ofrecerlo con deudores calificados, los cuales son de riesgo muy bajo, pero el mercado es bastante restringido (Batarce, 2001: p. 51).

Con estas palabras se rescata también otro punto interesante, a saber; que en Chile las empresas que recurren al factoring – por regla general- no son solventes, se encuentran en problemas financieros y por eso mismo que en Chile el negocio del factoring no se expande, y se encuentra en esta suerte de estancamiento, en que el factor solamente ofrece – por regla general- la gestión de cobranzas y el servicio de financiamiento, pero en que extrañamente contraerá responsabilidad por la insolvencia de los deudores de su cliente, es decir, la responsabilidad es del cedente-cliente, pero esto tiene un matiz, “no obstante, cuando el riesgo que prevalece es retenido por el cedente, hay una caída natural en el riesgo cuando un factor interviene”, y si quisiéramos indicar razones que justifiquen dicha situación, a saber; que el factor no contraiga responsabilidad, se puede señalar que se debe al “incipiente desarrollo de la industria del factoring y de seguros de crédito, que facilite que el factor pueda asumir riesgo y luego trasladar parte de él a una compañía de seguros” (Batarce, 2001: p. 62).

Continuando sobre el factoring *sin responsabilidad*, que como ya he señalado, es la regla general en Chile, es importante tener claro que a nivel conceptual se trata de la excepción, “el factoring propiamente tal es la compra de las cuentas por cobrar que

proviene del giro ordinario del cliente, sin responsabilidad de éste”, pero; como ya sabemos, también opera con responsabilidad del cliente e incluso otros agentes distintos al cedente y también puede llegar a afectar a terceros pero, que se encuentran vinculados con el cliente (Batarce, 2001: p.113).

Como señalé, teóricamente el factoring en Chile es sin responsabilidad, y para efectuar esta afirmación recurro al artículo 1.907 del Código Civil, tratado a propósito de la cesión de derechos y particularmente de los créditos personales. En dicha norma, se establece que el cedente siempre es responsable de la existencia del crédito cedido al factor, pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, a menos que se comprometa expresamente a ello, por esto indico que es excepcional dentro de un marco conceptual, porque para que el cliente responda de la insolvencia de sus deudores frente al factor es necesario pacto expreso. Más aún, este pacto de responsabilidad de solvencia de los deudores, sólo abarca la solvencia presente del deudor, porque, si se quiere abarcar la solvencia futura el pacto debe señalarlo expresamente, sin que sea suficiente una mención general sobre la responsabilidad del cedente, “de lo anterior se puede colegir que el cliente o cedente siempre es responsable de la existencia del crédito cedido al factor. En consecuencia, cuando se habla de factoring con o sin responsabilidad, se refiere a si éste responde en caso de insolvencia del deudor de las cuentas por cobrar y no de la existencia del crédito, pues siempre responde por él” (Batarce, 2001: p. 113).

Entonces, si el factor y el cliente efectivamente quieren celebrar un contrato de factoring en su modalidad *con responsabilidad*, deben expresarlo con todas las exigencias antes mencionadas – porque, como ya sabemos la esencia del factoring es la cesión de créditos a plazo, esto es, no actualmente exigibles – y sólo en el evento que se indique expresamente esta responsabilidad del cedente, por la solvencia futura del deudor estaremos frente al factoring *con responsabilidad*, en el evento contrario sencillamente será *sin responsabilidad*. “Es importante reiterar que las condiciones anteriores deben ser explícitas y escritas, ya sea en el instrumento cedido o en otro que haga mención al crédito cedido. El silencio, indica la no existencia de responsabilidad del cedente, excepto por la existencia del crédito” (Batarce, 2001: p. 114).

El mecanismo jurídico que emplea el factor, para hacer efectiva esta responsabilidad del cedente es la llamada *codeuda solidaria*, esta se pacta cuando el cedente expresa que se constituye codeudor solidario de determinadas o todas las obligaciones del deudor, por tanto, aplicando reglas generales sobre la solidaridad pasiva, el factor podrá hacer exigible la obligación en un sujeto distinto del deudor original, en otras palabras, el factor se resguarda frente al incumplimiento del crédito por parte del deudor, contando, con otro patrimonio donde puede dirigirse para obtener la satisfacción de su crédito, en este caso el patrimonio del cedente (Batarce, 2001: pp. 114-115).

Cambiando el punto de vista, esto es, mirando desde la perspectiva de las empresas que ofrecen el servicio del factoring, el hecho de que en Chile, en la práctica predomine ampliamente el factoring *con responsabilidad*, también tiene una importante y justificable razón de ser – sin contar la intención de la empresa de siempre tener un resguardo, para así evitar pérdidas- cual es, que en Chile se producen 2 fenómenos, uno consecuencia del otro.

El primero de estos fenómenos, se trata de la llamada *selección adversa*, que consiste en la posibilidad que tiene el cliente de escoger qué créditos son los que cede al factor, y cuales se reserva para sí, naturalmente, cederá aquellos créditos que sabe que no se pagarán o que hay riesgo de que ello suceda, de manera, que el factor estaría recibiendo solamente los créditos riesgosos, que son de una calidad inferior a la del promedio de la cartera del cliente. Una forma de poner límite a esta situación, es la estipulación de cláusulas de globalidad y exclusividad, comprometiéndose el cliente a ceder la totalidad de sus créditos al factor, pero – y acá entra en juego el segundo de los fenómenos- en la práctica comercial chilena, los clientes ceden sus créditos porque tienen necesidad de liquidez, y para satisfacer esta necesidad cotizan precios con distintos factores, lo que se traduce que trabajen con más de un factor a la vez. Por tanto, como se puede concluir, la cláusula de globalidad y exclusividad no se presenta en la práctica. Esto explica el porque se exige la responsabilidad del cliente, “es lógico esperar entonces, que a menor compromiso del cliente con el factor en términos de los créditos que cede, mayor

responsabilidad debería retener, y así lo hará saber el factor con exigencia de responsabilidad (...)" (Batarce, 2001: p. 116).

Es importante señalar, cómo se hace efectiva la responsabilidad del cliente, en caso de incumplimiento del deudor frente al factor. "La mayoría de los factores, exigen a los clientes que documenten su responsabilidad de los créditos cedidos, a través, de un instrumento mercantil, por ejemplo, un pagaré. Esto es, se le exige al cliente aceptar un pagaré a la vista o fechado con el último vencimiento de los créditos". Esta es la forma más frecuente de cómo se registra en Chile la responsabilidad de los cedentes – lo cual, es lógico porque, a través del pagaré se facilita el cobro de las obligaciones al cliente, toda vez que el pagaré constituye un título ejecutivo, calidad de la cual carece el propio contrato de cesión de créditos – pero, es importante dejar claro que también se dejará constancia expresa del alcance de responsabilidad del cedente en los documentos en que consta la cesión de los créditos (Batarce, 2001: p 117).

A diferencia de lo que sucede en Chile, la situación en el Derecho comparado es la inversa, es decir, se trata de un factoring *sin responsabilidad*, lo que quiere decir que el cliente-cedente del crédito no responderá frente al factor por la falta de pago del crédito, y esto es así, debido a que los clientes transfieren todos los créditos, o un grupo de créditos que cumplan con ciertas características, y no solamente los créditos complicados o difíciles de cobrar, en otras palabras; se presenta la llamada cláusula de globalidad, también generándose la cláusula de exclusividad. Es por esto, que el factor también se compromete a asumir el riesgo por los créditos impagos.

2.2.- Factoring *sin notificación*.

Otra diferencia que se produce con el derecho comparado, es que en Chile la regla general, es que se contrate el factoring en su modalidad *sin notificación*, "en el que a los comerciantes les gusta guardar el secreto de las formas de negociación. Los clientes, no quieren que se sepa que opera con un factor. El pago se efectúa al acreedor, quien transmite copias de sus facturas el factor, comprometiéndose a remitirle el importe de las facturas cuando hayan sido abonadas" (Sandoval, 2003: p. 431).

“Todos los créditos que por su tamaño es muy oneroso notificar, simplemente no se notifican”, esto se explica porque en Chile muchas de las empresas que recurren al contrato de factoring, son pequeñas o medianas empresas y consecuentemente sus créditos por cobrar no ascienden a grandes sumas, lo que significa que el costo de la notificación de la cesión del crédito puede llegar a ser un porcentaje importante del mismo crédito (Batarce, 2001: p. 51).

Y por otro lado, “aún una cartera apreciable queda sin notificar por prohibiciones del deudor al cliente de ceder carteras; no obstante se ceden y no se notifican”. A mi parecer, estas prohibiciones suceden debido al estigma que existe en Chile, a nivel de los comerciantes, de relacionar a las empresas que recurren al negocio del factoring, con empresas complicadas económica y financieramente, en notoria insolvencia y muchas veces cerca de la declaración de quiebra. Otras razones, a las que se pueden recurrir para explicar y justificar estas prohibiciones por parte de los deudores son las que señala Batarce, en este sentido indica que, “las empresas esgrimen razones administrativas para prohibirles a sus proveedores que cedan sus créditos. Sin embargo, la razón más importante es que dichas empresas desean mantener la relación con el proveedor y así tener siempre la facultad de compensar las obligaciones pecuniarias que originan los incumplimientos contractuales del proveedor. El factor se abstiene de aceptar cesiones o si las acepta, se abstiene de notificarlas si los créditos son de deudores que prohíben al cliente cederlas. La razón es que el cliente se arriesga a perder futuros negocios y eventualmente a ser eliminado de la lista de proveedores, cosa que el factor desea evitar” (2001: pp. 51-52).

A diferencia de lo que ocurre en nuestro medio, en la práctica comparada, lo que prima es el factoring *con notificación* debido a que – al no asociarse el negocio del factoring a empresas complicadas financieramente- no se ve inconveniente en ceder los créditos, y que los deudores del cliente traten con el factor en vez de tratar con su acreedor primario, es decir, el cliente, precisamente porque el nivel de desarrollo de este negocio es de tal magnitud, que a nadie sorprende tener que tratar con la empresa de factoring, en vez de que con su acreedor originario.

Finalizando con este apartado, podemos concluir, que la realidad de esta figura en la práctica comercial comparada, se presenta de una manera distinta a lo que acontece en Chile. La diferencia más importante, radica en el hecho de que las empresas que recurren a este negocio, no son empresas complicadas financieramente, que sólo necesitan liquidez y recurren al factoraje en busca de ella, sino, que son empresas que recurren a este negocio por otros motivos, principalmente por la compleja labor de cobranza de créditos, y ven en este contrato una oportunidad para obtener un mayor desarrollo económico, encomendando la gestión de cobro de créditos a una empresa externa, que sea especializada en ello y así no emplear recursos propios, ya sean económicos o humanos en esta labor -dicho sea que por su falta de especialización en el asunto, sería mucho más complicada y costoso a que si lo hiciera un especialista en ello, como lo es la empresa de factoring- y así reservar sus recursos para otras funciones, propias de su área, que le permitan obtener un mayor desarrollo del negocio, una mayor eficacia.

Esta diferencia, se produce fundamentalmente por el desarrollo que ha alcanzado este contrato en la práctica comercial de algunos países, lo que en Chile son sólo potencialidades, en otros países son situaciones concretas, que se han producido debido a la confianza que los comerciantes y operadores jurídicos han puesto en el contrato de factoring, de manera, que el factoring en la práctica comparada cumple con su verdadera función económica para la cual fue diseñado, no limitándose, a una función de financiamiento a los clientes que recurren a él, como ocurre en nuestro país. Por esa razón, que su carácter de contrato atípico – cómo efectivamente ocurre en el Derecho comparado- no genera los problemas que se forman en nuestro medio, a saber, el desequilibrio de las prestaciones de las partes contratantes.

2.3.- Normativa aplicable.

“Ante el carácter atípico que hemos afirmado del contrato de factoring, la cuestión que se nos plantea de forma inmediata, a fin de fijar su régimen jurídico, es la determinación de las normas aplicables en la relación entre el factor y su cliente, así como

aquellas que serán aplicables a las situaciones derivadas del contrato por las que el factor se relaciona con terceros” (García-Cruces, 1990: p. 60).

“Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico el contrato de factoring no tiene regulación propia, y por tanto es creado y regulado por la voluntad de las partes contratantes, en virtud de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, principios claramente consagrados por nuestra legislación.” Pero, “resulta difícil en la actualidad recurrir, como fundamento del contrato de factoring, a los principios de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, toda vez que este contrato tiene una formación, a lo menos en su contenido, de carácter unilateral, ya que, si bien atípico, es un contrato por adhesión” (Marré, 1995: p. 45).

Sabemos, que estamos en presencia de un contrato atípico, con todas las consecuencias que de ello derivan, en que las partes al momento de contratar, deben atenerse a los principios generales de la contratación, para lograr que el contrato nazca a la vida jurídica, y que este produzca plenos efectos. Pero esto, como ya he señalado, no es suficiente ya que se generan muchos problemas, pues las partes no son capaces de preveer todas las posibles situaciones que se puedan generar en la aplicación del contrato, por tanto, se debe encontrar normas legales que se puedan aplicar en forma analógica al factoring, para así, poder reglamentar las situaciones que no hayan sido expresamente previstas por las partes (Guzmán, 1996: p.65).

El problema con el factoring – en su calidad de contrato atípico- nacerá en el evento que el oferente (factor), no haya sido minucioso al redactar el clausulado del contrato, porque, si las condiciones generales no son suficientes, tendremos que enfrentar el dilema de establecer por cuáles normas habrán de regirse las partes, en aquellos puntos en que nada manifestaron, lo que es particularmente complejo, ya que no hay norma legal ni contractual que sirva a nuestro propósito (Díaz, 1998: p. 74).

Una tendencia que se ha seguido en nuestro derecho, para superar este inconveniente, es intentar la asimilación del contrato atípico a aquel o aquellos contratos

típicos con que presenta mayores semejanzas, lo cual, en el caso del factoring es complejo debido a la gran gama de servicios que presta el factor, de modo, que se podría asimilar a varios contratos típicos, como los contratos de prestación de servicios, seguro de crédito, descuento, mutuo, etc. (Díaz, 1998: p. 75).

Y, producto de esto, es que se genera el problema del desequilibrio de las prestaciones de las partes contratantes, precisamente, porque carecemos de norma legal que regule el contrato en esta parte, es decir, que regule las comisiones y tasas de interés que impone la empresa de factoring a sus clientes. Analizaré someramente, qué normas jurídicas son aplicables al contrato de factoring, para resolver los problemas que se nos generan en la práctica, a saber, el desequilibrio de las prestaciones.

El contrato de factoring es un acto jurídico y como tal se regirá, en primer lugar, por las normas imperativas de los actos jurídicos y de los contratos en general, contenidas tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio. En segundo lugar, se deberán aplicar las normas previstas bilateral o unilateralmente por los contratantes, esto es, las condiciones generales, normas contractuales que constituyen ley para los contratantes, según el artículo 1545 del Código Civil. En el mismo clausulado convencional, suele haber remisión a texto expreso de ley, lo que ocurre, por ejemplo, a las normas relativas a la transferencia de créditos, que por su complejidad es conveniente estar a la regulación legal (Marré, 1995: p. 56).

Todo esto sucede, en la etapa de formación del contrato, pero el problema se generará, cuando el factor no fue minucioso en la redacción del contrato como ya anticipé. En este caso, “el criterio utilizado en nuestro derecho para superar el vacío normativo, que se produce por la imprevisión de las partes, es intentar la asimilación del contrato atípico a aquel o aquellos contratos típicos con los que presenta mayores semejanzas” (Marré, 1995: p. 57).

Ahora, el recurrir a la analogía para suplir este vacío normativo, implica la calificación del contrato, lo que supone que lo interpretemos, teniendo especial importancia

la real intención que las partes contratantes han tenido al tiempo de celebrar el contrato, conforme a nuestro sistema de interpretación de los contratos. Nuestro sistema de interpretación, si bien, se basa principalmente en la intención de los contratantes, de todos modos, establece reglas propias a los contratos por adhesión, como lo son la “interpretación contra el redactor” y “la preferencia de la cláusula manuscrita sobre la impresa”, puntos a tomar en cuenta, para nivelar un poco esta desproporción entre las obligaciones de las partes (Marré, 1995: pp. 57-58).

No obstante lo anterior, la situación no es simple de resolver, “generalmente ante las figuras atípicas se tiende a reconducirlas o encuadrarlas en alguna figura típica, negándole su fisonomía o naturaleza propia u original. El contrato de factoring, no escapa a lo anterior (...)”¹, ya que, debido al gran número de servicios que se pueden prestar en esta figura, no es claro y no hay un consenso a cual de las figuras típicas de nuestro ordenamiento se le debe conducir analógicamente. Por lo tanto, el problema subsiste, no hay forma de terminar con el desequilibrio de las prestaciones para las partes contratantes, que se genera en el contrato de factoring, si nos limitamos a las herramientas que nuestro ordenamiento actualmente nos brinda (Marré, 1995, p. 60).

Durante el desarrollo de este primer capítulo, se ha expuesto como se materializa este contrato en la práctica comercial chilena, poniendo énfasis, en que se genera un problema consistente en el desequilibrio que se produce con prestaciones económicas entre el cliente y el factor, a favor de éste último. También, se ha señalado que nuestro ordenamiento jurídico no nos da una solución al respecto para terminar o limitar el problema que se produce con éste contrato atípico, en el punto ya referido.

En el capítulo siguiente, se enunciarán algunas de las diversas soluciones que se han planteado por la doctrina, para equiparar este desequilibrio de las prestaciones de las partes contratantes, si bien; se han planteado, respecto a la contratación por adhesión en general, son aplicables al caso del contrato de factoring.

¹ En Chile se trata de asimilar al factoring con varias figuras contractuales como lo son el mandato, las operaciones bancarias y el seguro de crédito. Punto que no será tratado en este trabajo por exceder los objetivos del mismo. Consultar Marré, 1995, pp. 60-65.

Capítulo II: Posibles soluciones al problema.

1.- Posibles soluciones.

Como se anticipó al concluir el capítulo anterior, en el desarrollo de este apartado, se darán a conocer, algunas de las medidas que se han formulado como paliativas del fenómeno que produce la contratación por adhesión. Se pueden plantear varias alternativas, que sirvan de correctivo a la contratación por adhesión, medidas, que son importantísimas porque, es indiscutible que esta forma moderna de contratación – como es el caso del factoring- conlleva el peligro de que una de las partes, al dictar el contrato a la otra, le imponga condiciones abusivas y leoninas.

Examinaré dichas posibilidades para poder ver, cuál de ellas, se podría aplicar con éxito en nuestro ordenamiento jurídico y poner fin, o al menos; limitar la problemática a la que hemos estado haciendo alusión en el desarrollo de este trabajo.

1.1- Negación de su carácter contractual.

En primer lugar me referiré a la solución más radical, la que niega el carácter de contrato a la figura de la contratación por adhesión y en su lugar postula que los contratos de adhesión son actos jurídicos unilaterales de naturaleza reglamentaria, emparentados con los reglamentos del Poder Ejecutivo y su finalidad consiste en atribuir al juez un poder de apreciación más amplio que aquél que goza a propósito de los contratos libremente discutidos, ya que tratándose de estos últimos el juez no puede no respetarlos, pues rige el principio de su fuerza obligatoria. En cambio el lo que atañe a los actos por adhesión, el juez podría rehusar la aplicación de cláusulas abusivas dictadas por el autor del “reglamento” y que fuesen francamente contrarias a la equidad. De este modo el contrato de adhesión no sería estrictamente obligatorio para el juez (López, 1971: p. 136).

Pero esta tesis es susceptible de críticas, “porque el contrato de adhesión no puede asimilarse a un acto jurídico unilateral. Ello supone negar la existencia en él de dos partes con intereses contrapuestos, siendo cuestión distinta el que mayor o menor parte del contenido del contrato sea impuesto por una de las partes y la otra se limite a adherirse (o a no contratar). A diferencia de los actos unilaterales, en los contratos de adhesión existe la

intervención de la voluntad de dos partes y una voluntad común. La vida social es demostrativa de innumerables contrataciones de adhesión, muchas veces necesarias y convenientes, por lo que esta negación de su carácter contractual como forma de solucionar los abusos a que pueda conducir, nada aporta en lo práctico, es un enfoque puramente académico, que terminamos desestimando” (Tomasello, 1984: p. 68).

Adhiero a las críticas que se formulan a esta primera tesis, ya que considero que es imposible negar el carácter contractual a esta figura, que si bien nos genera problemas; es indiscutible que es una entidad necesaria para el desarrollo de la economía de un país, la que necesita, de una contratación veloz y masiva, elementos que nos brinda el contrato de adhesión. Por lo tanto, considero inaplicable esta primera solución en nuestra realidad jurídica.

1.2- Ampliando el concepto de lesión.

En segundo lugar, me referiré a un paliativo que postula ampliar el concepto de lesión. Alfred Rieg, refiriéndose al Derecho francés, postula que recurrir al concepto de lesión cada vez que nos encontremos frente a un contrato de adhesión es poco satisfactorio. En primer lugar porque la lesión es ante todo un desequilibrio material entre las prestaciones intercambiadas. En cambio la definición de contrato de adhesión no contiene este concepto; no es porque uno de los contratantes deba adherir a las condiciones dictadas por el otro que se establece necesariamente una falta de equivalencia de las prestaciones. Para ser más precisos se puede decir que la noción de lesión es relativa al objeto del acto jurídico, mientras que la adhesión no concierne sino a la voluntad (Tomasello, 1984: p. 71). Mismo razonamiento se puede aplicar al caso chileno que adopta una concepción restringida, que sólo admite la lesión enorme en pocos casos particulares que el legislador ha señalado de antemano, los cuales se dimensionan rígidamente, pues el ordenamiento repudia únicamente la lesión *ultradimidium* (López, 1986: p. 119).

Este mecanismo es perfectamente aplicable en el Derecho alemán- que contempla una moderna concepción de nulidad- como un remedio eficaz que permita proteger al contratante débil frente a los abusos del poderoso, según el artículo 138 del Código Civil

alemán que reza “ será nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres, y en particular aquél por el cual, explotando cualquiera la necesidad, la ligereza o la inexperiencia, de otro, se haga prometer o dar por él o por un tercero, en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan el valor de esta prestación, de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella”. Por consiguiente el magistrado asume un rol fundamental – a diferencia de lo que sucede en nuestro país y en el caso francés- y la lesión deja de ser una cuestión puramente cuantitativa de la ley que el juez no hace sino aplicar (Tomasello, 1984: p. 72).

Esta concepción amplia de la lesión, que tipifica el vicio de un modo genérico, aplicable respecto a todos los actos jurídicos en que haya explotación del cocontratante, presupone una sólida confianza en los jueces, quienes asumen su papel de censores, revestidos del poder discrecional que con frecuencia es indispensable para administrar justicia. Siguiendo el sendero abierto por el Código Civil alemán, el nuevo Código Civil italiano, de 1942, también ha admitido de un modo general la procedencia de la lesión, aunque manteniendo, eso sí, un criterio cuantitativo según el cual la lesión que reprueba el derecho es únicamente la que excede a la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada. Reza el artículo 1448-1 del nombrado Código “Acción general de rescisión por lesión. Si hubiese desproporción entre la prestación de una de las partes y de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato” (López, 1986: p. 119).

En razón de lo expuesto, se puede concluir que este mecanismo tampoco sería aplicable en Chile con éxito, al menos, no sin antes modificar el concepto de lesión y nulidad que nos rige. No obstante ello, creo que recurrir a la lesión es un buen mecanismo para paliar el problema en comento, pero que tiene la deficiencia, de solucionar el problema una vez que este se ha generado, esto es, *a posteriori* lo que le quita eficiencia a la medida.

1.3- Por la vía de la interpretación.

En tercer lugar se ha señalado un paliativo que consiste en recurrir a la interpretación judicial. Esta tesis sostiene que se puede permitir, en especial al sentenciador, introducir la necesaria corrección a los excesos a que puede conducir la contratación de adhesión, sin perjuicio de que la existencia de normas positivas en la materia puede ser un eficiente disuasivo para el oferente que le obligue a abdicar a los beneficios excesivos que, en principio, le reporta el contrato que él ha impuesto en una mayor o menor medida (Tomasello, 1984: pp.68-69). Dentro de esta vía interpretativa, encontramos tres formas de proteger al contratante débil frente al poderoso.

En primer lugar, se debe tener en cuenta el criterio que hace cargar al oferente con el “riesgo de redacción”, porque si él ha sido el que forjó el contrato, evidente resulta que debe soportar las consecuencias de su ambigüedad, criterio que tiene perfecta cabida en el artículo 1566 inciso 2 del Código Civil chileno², en otras palabras, en el contrato de adhesión las cláusulas dudosas se interpretan a favor del adherente, sea acreedor o deudor, mientras que en un contrato de libre discusión, las cláusulas ambiguas se interpretan se interpretan a favor del deudor.

En segundo lugar, se debe tener en consideración el criterio consistente en dar preferencia a la cláusula manuscrita sobre la impresa, lo que es perfectamente explicable, si tenemos en consideración que normalmente la contratación de adhesión se vale del contrato tipo. Resulta evidente, que si los contratantes han introducido al módulo una o más cláusulas tendientes a modificar o dejar sin efecto una o más cláusulas de aquél, debe darse preferencia a la cláusula introducida, si ella resulta incompatible con las contenidas en el formulario, probablemente no eliminadas.

² Art. 1566 inc. 2 “Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

Y en tercer lugar³, se puede sostener la idea de que las cláusulas accesorias no deben producir efectos contra el adherente, salvo que su propósito sea complementar o precisar las cláusulas esenciales, dado que éstas, a diferencia de aquéllas, han sido aceptadas libremente y a sabiendas por parte del adherente. Esta última idea, ha sido recogida expresamente por la legislación italiana en el artículo 1341 de su Código Civil, porque; refiriéndose a los contratos de adhesión, distingue ciertas “cláusulas especiales” que sólo adquieren valor, si son aceptadas específicamente aprobadas por el adherente, por escrito. De esta forma, la legislación italiana parece poner remedio al defecto de este correctivo, ya que el legislador se ha encargado de determinar cuáles son las “cláusulas especiales”, cuya eficacia queda supeditada a la real aceptación por parte del más débil (Tomasello, 1984: p. 69).

Estos 3 mecanismos, son perfectamente aplicables como correctivos a los abusos que genera – en la práctica- el contrato de factoring en contra de los contratantes más débiles. Ahora, la deficiencia de esta tesis es el momento en que ella interviene, pues igual que la solución planteada anteriormente; lo hace *a posteriori*, esto es, una vez que el abuso ya se ha generado.

1.4- Por obra de la jurisprudencia.

Como cuarto correctivo, recurriremos a la posible labor que pueda efectuar la jurisprudencia. Teniendo presente - de que es imposible aislar este medio correctivo de los demás, puesto, que cualquier conflicto podrá devenir en una decisión judicial, en que el sentenciador, sin perjuicio de aplicar las normas legales que sobre la materia puedan existir, será el llamado a interpretar el ordenamiento - se dirán algunas ideas respecto a la jurisprudencia, porque es a ella, la que le corresponde un importantísimo papel en aquellos

³ Para comprender este tercer criterio es necesario tener presente la idea del tratadista francés Dereux, el que sostiene: “siempre debe tenerse presente la existencia de dos grupos de cláusulas completamente distintos: las llamadas cláusulas esenciales del acuerdo que, por regla general, van manuscritas en los impresos de las compañías y las cláusulas denominadas accesorias, y que generalmente van impresas. Sobre las primeras las partes discuten normalmente, y cuando las aceptan lo hacen con un consentimiento totalmente libre y exento de error; pero en cuanto a las otras, “el adherente” conoce o comprende mal su tenor y el alcance que pueden tener si se les toma a la letra; las considera como destinadas simplemente a precisar o completar las obligaciones que resultan de las cláusulas presentadas a él como principales, y no como debiendo de una manera disimulada desnaturalizar o modificar gravemente la esencia del contrato” (Tomasello, 1984: pp. 36-37).

países en que no existen soluciones legales para la contratación de adhesión, como es el caso de nuestro país. Tomaremos como modelo lo que se ha señalado, a propósito de la jurisprudencia francesa por Planiol y Ripert como medios técnicos legales para proteger, en la medida de lo posible, al contratante cuya voluntad ha seguido la ley del más fuerte.

1. En primer lugar, han empleado la teoría de los vicios del consentimiento cuando ha habido dolo o error del adherente, pero sin que pueda constituir causa de anulación la fuerza resultante sólo de de la presión económica.

2. En segundo lugar se ha señalado que las cláusulas que destruyen la esencia de la obligación del oferente han sido anuladas, como contrarias al orden público, o porque suprimen la causa del contrato.

3. En tercer lugar se ha postulado que las cláusulas del contrato no pueden ser opuestas al adherente que no las ha conocido en el momento de contratar o cuando ellas están en contradicción con otras cláusulas que parecen representar mejor la voluntad de las partes (Tomasello, 1984: pp. 73-74).

En el fondo este correctivo consiste en ampliar las facultades de los jueces, lo que presupone tener mayor confianza en ellos. “No es menester otorgarles poderes ilimitados; bastaría conferirles la posibilidad de ir más allá de los límites consabidos en la búsqueda de la justicia. Erraría quien piense que así se daría una licencia para que la arbitrariedad se instale en la magistratura; no hay tal riesgo; la existencia de un Tribunal Supremo y de un recurso como la casación son garantías suficientes contra los excesos de los jueces del fondo” (López, 1971: pp. 158-159).

Las medidas señaladas, perfectamente podrían ser adoptadas por la jurisprudencia de nuestros tribunales de una forma sistemática, ya que con ello, se paliaría de gran manera las inequidades a que se da lugar por la contratación de adhesión. Medidas que han sido adoptadas por nuestros tribunales en más de alguna vez, pero aisladamente y no de una

forma sistemática, como sería conveniente para solucionar el problema que estamos tratando⁴.

Cómo crítica a este paliativo se puede formular la misma que se expresó a propósito de las tesis enunciadas anteriormente (“ampliando el concepto de lesión” y “por la vía de la interpretación”), esto es; que el correctivo intervenga en el problema *a posteriori*, es decir, una vez que el problema ya se ha generado, lo que no es menor porque estadísticamente sólo una pequeña parte de los conflictos legales llegan a conocimiento de los tribunales de justicia, por motivos que no es pertinente tratar en este trabajo, por exceder los fines del mismo.

1.5.- Fomentando la contratación tipo bilateral.

Como otro correctivo a la contratación por adhesión, se puede recurrir al contrato tipo-bilateral. Para entender esta posible solución al fenómeno que nos genera el contrato de adhesión, es necesario precisar algunos conceptos.

En primer lugar “el contrato tipo es un acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos o condiciones generales de la contratación” luego, en segundo lugar se entiende por contrato tipo-unilateral “cuando quienes concluyen el contrato tipo destinado a fijar las condiciones generales del tráfico comercial son grupos económicos o empresas cuyos intereses son convergentes” y por último el contrato tipo-bilateral es aquel en que “las partes que participan en la conclusión del contrato tipo tienen intereses divergentes” (López, 1986: pp. 138-139).

Ahora, en cuanto a este correctivo; “Planiol y Ripert, señalan al respecto, que una de las soluciones al problema de la contratación de adhesión consiste en hacer desaparecer la

⁴ Es importante hacer referencia a una sentencia de diciembre de 1972 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, que ocupándose de la validez en los conocimientos de embarque de las cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad, luego de indicar que el criterio tradicional ha sido su aceptación indiscriminada en virtud del principio de la fuerza obligatoria del contrato, sostiene la tesis de que cada cláusula debe ser juzgada por separado para establecer si ha habido real libertad en su conclusión o si, por el contrario ha mediado una imposición por parte del transportista y su inclusión en un contrato de adhesión (Tomasello, 1984: p. 75). Si bien esta sentencia se refiere a un contrato de Derecho Marítimo, los razonamientos expuestos son perfectamente aplicables a los contratos de adhesión en general, y particularmente al caso que estamos tratando: al contrato de factoring.

debilidad de aquellos a quienes se imponen las condiciones del contrato formando agrupaciones de los mismos que puedan obtener la modificación de los contratos-tipo puestos por los oferentes, o sea, alcanzar contratos-tipos bilaterales que no den lugar a ulteriores contratos de adhesión” (Tomasello, 1984: pp. 75-76). Así, el contratante singular, a quien se le imponen las condiciones de una póliza preestablecida, no podría decirse que celebra un contrato de adhesión, si ha estado debidamente representado en la conclusión del contrato tipo bilateral.

“Para los adherentes, la constitución de asociaciones protectoras de sus intereses pareciera ser una solución útil, que los dejaría en condiciones para discutir de igual a igual con aquellos que quisieran imponer las cláusulas contractuales. El contrato de adhesión podría entonces desaparecer gracias a la conclusión de contratos tipo-bilaterales entre los grupos opuestos; cierto es que en ellos no pueden participar directamente todos los particulares, pero el hecho de quedar representados por los directivos de la respectiva asociación es garantía de salvaguardia de los intereses de todos. Este procedimiento, destinado a remediar el fenómeno de la adhesión, es susceptible de aplicarse cada vez que exista un desequilibrio económico entre el oferente y un conjunto de eventuales e implica desarrollar el contrato colectivo, en el cual el grupo reemplaza al individuo” (López, 1971: p.160).

Si se fomenta la celebración de contratos colectivos entre grupos, que en principio tienen intereses opuestos, se están previniendo los inconvenientes de la adhesión. Todo lo cual, es mera aplicación del adagio “la unión hace la fuerza” (López, 1986: p. 118).

Entonces, podemos concluir que el estímulo de la celebración de contratos tipo bilaterales, puede ser muy importante para remediar los problemas, que nos genera este contrato de adhesión, en nuestro caso el factoring, pero aplicable a cualquier contrato de adhesión, porque el fenómeno es el mismo. Ahora, si bien, el contenido de los posteriores contratos individuales viene predeterminado por el contrato tipo, ya no es producto de la imposición de las cláusulas de una parte sobre la otra, sino que tendrá su origen en una discusión entre dos grupos de intereses.

Por lo tanto, rescato este correctivo como una medida eficaz para poner fin, aunque sea en parte, al problema del que tanto hemos hecho alusión generado por el contrato de factoring, y a diferencia de los mecanismos anteriores, acá se interviene *a priori* evitando el problema antes que este se genere, y no reaccionando una vez que este ya ha nacido, debiendo recurrir a los órganos jurisdiccionales.

1.6.- Recurriendo al legislador.

Cómo un último correctivo, a los problemas que devienen al recurrir a la contratación por adhesión- aplicable cabalmente al tema de nuestro trabajo- me referiré a la tesis que sostiene como imprescindible la intervención del legislador en la materia. “El equilibrio que existe entre las situaciones entre los futuros contratantes dispensa al legislador de intervenir en la formación del contrato de mutuo acuerdo. En cuanto a los tribunales, no tienen sino que descubrir la voluntad común de las partes. Cuando se trata de los contratos de adhesión resulta necesaria, por el contrario, la intervención del legislador, al menos cuando, por un monopolio de hecho o de derecho, el contratante que dicta su voluntad no encuentra ya freno en la ley de la libre competencia. El legislador debe romper entonces las alianzas o trusts peligrosos para los consumidores, fijar imperativamente las condiciones de los contratos, las tarifas. Así como ha prohibido las cláusulas de irresponsabilidad en el transporte terrestre de mercaderías y ha reglamentado imperativamente el contrato de seguro; el equilibrio se reestablece entonces en el contrato por la supresión o disminución de una y otra de las voluntades” (Tomasello, 1984: pp. 75-76).

Como nos podemos percatar, el comentario anterior está razonando sobre la base de contratos mixtos, que caen en el fenómeno de la adhesión, es decir, se trata de contratos que son mercantiles para una parte y civiles para la otra – lo cual, se puede desprender ya que se refiere a situaciones como libre competencia, monopolio de hecho o de derecho y a consumidores – la cual, constituye el supuesto básico para la aplicación de la ley de

protección al consumidor que rige en nuestro país⁵, donde ya se denota una intención positiva del legislador de intervenir, para solucionar; aunque sea en parte, el fenómeno de la contratación de adhesión. Que, como ya se ha dicho por sí solo no es perjudicial, incluso podemos afirmar que es necesario, pero que se puede recaer en abusos por parte de las partes fuertes del contrato.

Pero, el problema es que la mentada ley de protección a los consumidores, tal como lo señala su nombre, sólo se aplica cuando están en juego los derechos de los mismos consumidores, cuando estos contratan con proveedores. Ambos conceptos que han sido definidos por la misma ley, para determinar su ámbito de aplicación. Al definir consumidor o usuario señala que se trata de “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios.” De lo anterior, se desprende que esta ley no es aplicable al contrato que nos convoca, pues, la empresa que recurre al factor para celebrar un contrato de factoring no puede ser calificada como consumidor o usuario – supuesto esencial para aplicar la ley- ya que se trata de una persona jurídica que a su vez produce bienes y/o servicios, por tanto no la podemos calificar como consumidor final del servicio que recibe del factor.

No obstante aquello, acá se puede ver una intención del legislador de poner coto a los abusos que se puede dar con la contratación por adhesión, misma intención que es necesaria, para solucionar el problema que se genera con el contrato de factoring.

El legislador tiene el deber de intervenir, para precaver la contratación de adhesión, y producida, corregir las consecuencias perniciosas que pueda tener, en otras palabras debe recurrir al contrato dirigido, donde la contratación deja de ser la imposición de la voluntad de una de las partes. Tanto el oferente como el aceptante, en el contrato dirigido, consienten en vincularse por un marco legal establecido. De esta manera, los contratos de adhesión más característicos han sido sometidos a un estatuto de orden público que, previendo la protección del contratante más débil, atribuye carácter obligatorio a ciertas cláusulas, o

⁵ Ley N°19.946 publicada en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1997 cuya última modificación fue efectuada por la Ley N° 19.995 publicada en el Diario Oficial el 14 de julio de 2004.

prohíbe otras. La imposibilidad de discutir el texto contractual subsiste, pero no tiene en absoluto el mismo sentido. “Una de las partes ya no adhiere a un estatuto impuesto en el hecho por la otra, en su exclusivo interés. Ambas partes adhieren a un estatuto impuesto en derecho por la autoridad pública, guardiana del interés general y conciliadora de los intereses particulares” (López: 1986, p. 116)

Esta intervención del legislador, se manifiesta fundamentalmente en lo que se ha denominado dirigismo contractual, el que se puede clasificar en dirigismo especial y general dependiendo, si abarca a una figura contractual determinada o bien a todas o un conjunto de ellas. Por lo tanto, es menester hacer un breve análisis de estas dos manifestaciones del dirigismo contractual.

1.6.1.- Dirigismo especial.

Esta, es la forma tradicional en como se ha expresado el dirigismo contractual en nuestro país. Son varios los contratos que han sido objeto de esta medida, tales como: el de trabajo, arrendamiento de inmuebles urbanos y rústicos, sociedad anónima, seguro, contratación bancaria, etc., en los cuales; el legislador ha tomado medidas especiales para cada uno de ellos, sin elaborar una teoría general sobre la contratación de adhesión aplicable a otros contratos, que a los que específicamente han sido dirigidos.

La forma en como se efectúa el dirigismo especial, va a depender de cada caso, en otras palabras, se trata de una materia casuística. En algunos casos sólo se regulan ciertos aspectos del contrato, por ejemplo, en el arrendamiento se ha regulado la renta y el plazo de restitución, pero en otros casos como lo es, por ejemplo, el contrato de trabajo la regulación ha sido íntegra. Esta intervención del legislador, a su turno, se ha concretado en la dictación de determinadas normas prohibitivas o imperativas (Tomasello, 1984: pp. 78).

Sobre este punto el profesor López Santa María ha señalado que “en el fondo, el problema del contrato por adhesión es sobre todo un problema de carácter social cuya causa radica en la desproporción del poderío económico del oferente y del adherente. El resultado que de ello se desprende es, a menudo, la explotación de los débiles por los poderosos; la

parte más fuerte dicta la ley del contrato. Frente a esta situación era indispensable arbitrar las medidas jurídicas conducentes a impedir los abusos, reestableciendo, al menos, un cierto equilibrio entre los contratantes” (1971: p. 153).

Como ventajas de este correctivo, se puede señalar que la intervención del legislador *a priori* es mucho más fructífera que reprimir *a posteriori* los abusos de quien dicta la convención – como ocurre al recurrir a la solución jurisprudencial- por otro lado, este correctivo a la contratación por adhesión permite adelantarse a la adhesión, evitándola de manera general, respecto a todos los casos de conclusión de la especie de contrato que el legislador reglamenta.

Esta intervención del legislador, que ha dado a luz al llamado contrato dirigido, era indispensable. De esta manera, los contratos de adhesión más característicos han sido sometidos a un estatuto de orden público que, previendo la protección del contratante más débil, atribuye carácter obligatorio a ciertas cláusulas, o prohíbe otras. El particular ahora está protegido por una reglamentación de orden público, de origen legal, dictada precisamente para poner coto a la arbitrariedad del poder privado. Adhiriendo, al estatuto legal el aceptante sabe ahora lo que le espera, y no tiene que temer ni trampas inopinadas ni cláusulas leoninas en la declaración contractual. Esta ventaja compensa la pérdida de libertad en la elección de las cláusulas del contrato (López, 1971: pp. 153-155).

Teniendo en consideración de que una de las formas en que se lleva a cabo la contratación por adhesión es recurriendo al del contrato-tipo unilateral previamente celebrado, una manera en que se ha manifestado este correctivo de carácter especial en nuestro país, es a través de la aprobación por el poder público de tales contratos-tipos destinados a servir de base a posteriores contratos de adhesión, esto por sí solo no impide que se concrete la adhesión propiamente tal, pero de todos modos sirve para corregir los excesos a que ella puede conducir “desde el momento que el ente fiscalizador, en representación de los futuros adherentes, podría imponer la eliminación de determinadas cláusulas. Tal es lo que sucede e Chile en materia de pólizas de seguro” (Tomasello, 1984: p. 80).

Este mecanismo podría – al igual que los mecanismos anteriormente planteados- ser uno de los utilizables para remediar el desequilibrio de las prestaciones, que produce en nuestro país el contrato de factoring. Perfectamente el poder público podría visar *a priori* los contratos tipos con que trabajan los factores, y prohibir o restringir determinadas cláusulas.

1.6.2.- Dirigismo general.

Como último correctivo a los abusos, que pueden llegar a producirse en las contratación de adhesión, donde el contrato de factoring tiene perfecta cabida, me referiré a una de las formas en que puede producirse el dirigismo contractual, ya no en una forma particular contrato a contrato, sino, que de una manera amplia en que se puedan encuadrar todos los contratos de adhesión, o un grupo de ellos que presenten características similares.

Para analizar este correctivo, examinaremos la situación de Italia que ha recurrido a él, para luego estar en condiciones de ver si en Chile sería aplicable.

El Código Civil italiano en su artículo 1341 se refiere al contrato de adhesión señalando que, “Condiciones generales del contrato. Las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso no tendrán el efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante; caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial”⁶.

⁶ Es importante señalar que el Código Civil italiano también se hace cargo de la situación que se produce con el contrato tipo en el artículo 1342 que, si bien es distinto al contrato de adhesión está íntimamente vinculado con el, ya que muchas veces la contratación por adhesión tiene como antecedente la celebración de un contrato tipo unilateral.

La necesidad de aprobación específica, es el medio indirecto con el cual procura la ley que el interesado llegue a conocer aquellas cláusulas y las acepte con conocimiento de causa, de manera que, quede frustrada su introducción subrepticia en el contrato, en síntesis, acá sólo se está dando solución a uno de los dos grandes aspectos de la contratación por adhesión, a saber, el conocimiento del contenido del contrato por la parte del contratante débil, pero no acerca de la libertad para el contratante débil de aceptar o no el esquema contractual dispuesto por el contratante fuerte, lo que no era necesario, toda vez, que la legislación italiana consagra la acción de lesión, cuando una de las partes se haya aprovechado de la necesidad ajena y exista desproporción entre las prestaciones (Messineo, 1955: pp. 484-485).

Como podemos ver, acudir al dirigismo especial, particularmente de la manera como lo ha hecho Italia, sería útil para la empresa que nos convoca, incluso más, ya que sería aplicable a cualquier problemática que se genere con la contratación por adhesión, no sólo con el factoring sino que también con cualquier otro caso.

No obstante lo anterior, estimo que no sería el medio correcto para solucionar el problema, no por una razón interna al correctivo sino, más bien, por una razón externa, la cual se refiere a la complejidad de adoptar una norma general que ponga coto a los abusos derivados de la contratación por adhesión, porque, no tenemos que olvidar que el caso italiano sólo se refiere a uno de los problemas del contrato de adhesión, a saber, acerca del conocimiento del contenido del contrato por la parte contratante más débil, pero no resuelve el problema que dice relación con la libertad del contratante débil de aceptar o no las cláusulas dispuestas por el contratante fuerte, problema que queda resuelto, pero debiendo recurrir a otra institución, cual es, la acción de lesión que se puede ejercer cuando una de las partes se haya aprovechado de la necesidad ajena y exista desproporción entre las prestaciones. Lamentablemente, no se puede deducir la misma acción en nuestro país bajo esas circunstancias, cuestión que complica aún más la labor para poder implementar este correctivo en nuestra realidad jurídica, ya que no solamente habría que adoptar la solución italiana, sino que también modificar la concepción que nuestro medio adopta acerca de la lesión.

En el desarrollo de este capítulo, se ha hecho referencia a seis medidas tratadas por la doctrina, como posibles paliativos o correctivos al fenómeno negativo que nos produce la contratación por adhesión, la cual es imprescindible para el desarrollo económico de los países, precisamente por las características de este tipo de contratación, razón por la cual se debe recurrir a ella en innumerables ocasiones; por lo tanto, vemos que es indispensable contar con medidas que nos permitan evitar tales consecuencias negativas.

Si bien en el presente capítulo, ya se ha manifestado una somera opinión acerca de cada uno de los correctivos, en orden a determinar su posibilidad de aplicación en Chile para solucionar el problema que nos convoca; será en el siguiente capítulo donde se analizará cual de ellos y en que medida se pueden emplear en nuestro país, para así poner fin; o al menos limitar los abusos vividos por las pequeñas y medianas empresas que recurren al contrato de factoring, al verse imposibilitadas de negociar el contenido del instrumento que se ven “obligadas” a firmar.

Capítulo III: Resolución del problema.

1.- Consideraciones generales.

En el desarrollo de este tercer y último capítulo, intentaré determinar cuál de las soluciones planteadas en el capítulo precedente, es idónea para paliar esta desproporción de las prestaciones que genera el contrato de factoring en nuestro país. Debemos recordar que, lo que se busca con este trabajo es precisamente eso, esto es; corregir el desequilibrio de las prestaciones que genera el contrato en estudio, y no demonizar el contrato, e intentar desarraigarlo de nuestra realidad jurídica y mercantil, pues; no cabe duda de todas las virtudes que tiene esta figura en la actividad mercantil, que como muchas cosas, no es perfecto y es necesario, en consecuencia, corregir las falencias.

En el capítulo anterior, se enunciaron seis paliativos tratados por la doctrina como correctivos a la contratación por adhesión, tal como lo es el contrato de factoring. De estos correctivos, hay uno que claramente no tiene aplicación a nuestra realidad jurídica, por lo tanto; no es útil para resolver nuestro problema, me estoy refiriendo a aquel postulado que sostiene que no estaríamos frente a un contrato en la figura del factoring, las razones por las cuales desechamos esta teoría ya han sido explicadas con anterioridad, específicamente al tratar el correctivo intitulado “negación de su carácter contractual”.

De los otros paliativos expuestos, respecto de los cuales he manifestado la posibilidad de aplicarlos como una solución a nuestro problema, puedo clasificarlos en dos grupos; en atención al momento en que se soluciona el problema, así tenemos; en primer lugar aquellos paliativos en que la solución interviene *a posteriori*, en los que se encuentran los paliativos que hemos denominado “ampliando el concepto de lesión”, “por la vía de la interpretación” y “por obra de la jurisprudencia”. Y por otro lado, se encuentran aquellos paliativos, en que la solución interviene *a priori*, es decir, antes de que ese genere el problema, donde encontramos los correctivos que se han llamado: “fomentando la contratación tipo bilateral” y “recurriendo al legislador”.

2.- Soluciones a posteriori.

Respecto al primer grupo, esto es, donde la medida correctora interviene una vez que el problema se ha generado, tenemos, en primer lugar; aquel que postula ampliar el concepto de lesión, medida que en nuestro sistema jurídico no tendría cabida, al menos no sin antes realizar profundas modificaciones a los conceptos de lesión y nulidad que nos rigen, reformas que implicarían grandes cambios, sobre todo aquella que versaría sobre la nulidad, bastaría pensar todas las modificaciones que en el derecho civil se producirían.

Ahora ¿Sería conveniente realizar estas profundas reformas en las materias ya mencionadas para poner fin al problema que nos convoca? ¿Valdrían la pena los esfuerzos y sacrificios que sería necesario realizar, tomando en consideración los resultados obtenidos? A estas preguntas, la respuestas serían negativa, ya que los esfuerzos necesarios para obtener dichas reformas, como sus consecuencias- que sin duda serían grandes esfuerzos e importantes consecuencias- no nos darían una solución efectiva al problema, pues; como tanto se ha insistido la solución se generaría *a posteriori*, esto es, una vez que el problema se ha generado, siendo necesario que intervenga un órgano jurisdiccional.

A lo anterior cabe agregar, que no todos los conflictos que se generan en una sociedad que son susceptibles de ser solucionados a través de un órgano jurisdiccional, precisamente derivan a ese órgano, pues como ya sabemos muchos de ellos no llegan a la instancia judicial, por diversos motivos; muchos de ellos son consecuencia directa de las características propias de nuestro proceso judicial⁷. Por otro lado, si nos enfocamos en aquel número de casos en que efectivamente se recurre a los tribunales de justicia, una vez que se está presente a un problema, en nuestro caso; al desequilibrio de las prestaciones que genera el contrato de factoring, no en todos esos casos se llegaría a una respuesta satisfactoria, también por aspectos propios del proceso judicial, en que todo va a depender caso a caso, va a depender de los abogados, de los jueces, de la multiplicidad de factores extrajurídicos que intervienen en el proceso judicial. Por último, si es que prescindieramos de estas consideraciones, debemos tener presente el hecho de que en nuestro país la jurisprudencia no es vinculante para los tribunales, de manera que, no existe certeza de si

⁷ Punto que es muy interesante pero que en razón a los fines del presente trabajo no es pertinente tratar aquí.

habrá o no una uniformidad de criterio al fallar, en qué casos se entendería que hay desequilibrio de las prestaciones de las partes contratantes y en que casos no lo habría.

Entonces, como se puede apreciar, nada nos aseguraría que el hecho de incurrir en las reformas planteadas (en los conceptos de lesión y nulidad) va a poner fin a la problemática que tantas veces hemos echo referencia, porque, nos encontraríamos con los obstáculos a los que antes se ha aludido. Por lo tanto, debemos desechar este correctivo y proceder con nuestro análisis con los siguientes paliativos antes enunciados.

Los siguientes correctivos tratados en el Capítulo II, que se pueden encuadrar en este primer grupo, en que el paliativo interviene *a posteriori*, están íntimamente relacionados, me estoy refiriendo a aquellas medidas correctoras que he denominado “por la vía de la interpretación” y “por obra de la jurisprudencia”. Están muy relacionados, precisamente porque la interpretación a la que alude el primero de estos paliativos es tarea de los tribunales de justicia, que son los mismos órganos encargados de crear la fuente formal del Derecho llamada jurisprudencia, a la que alude el segundo de los correctivos.

Como se señaló en su momento, ambos paliativos son útiles para limitar este desequilibrio en las prestaciones que se puede generar entre las partes contratantes de un factoring.

Medidas tales, como darle preeminencia a la cláusula manuscrita por sobre la impresa en que claramente aparece, en esta última, una voluntad disminuida por parte del cliente, o bien aquella medida consistente en cargar el peso de la interpretación de la cláusula ambigua en contra de la parte que la hubiese redactado, sin importar si esta es acreedora o deudora, son claramente útiles para contrarrestar el desequilibrio de las prestaciones.

Lo mismo podemos decir, sobre la idea de recurrir a la teoría de los vicios del consentimiento, cuando ha habido error o dolo sufrido por el adherente, o bien; al señalar que las cláusulas no pueden ser impuestas al adherente que no las ha conocido al momento

de contratar, o cuando ellas están en contradicción con otras cláusulas que parecen representar mejor la voluntad de las partes.

Ahora, todas estas medidas emanadas de los dos correctivos que me encuentro analizando, tienen como defecto uno ya conocido por nosotros, a saber, que solucionarían el problema una vez que éste ya se ha generado y ha producido sus consecuencias, sin olvidar el hecho que ya enuncié anteriormente, de que sólo una reducida parte de los problemas llega a solucionarse por la vía jurisprudencial.

En su esencia, las medidas enunciadas lo que buscan es dar mayores libertades a los jueces, para que estos, en su actuar puedan aplicarlas a cabalidad, pero en la práctica esto no sucede, limitándose –en la mayoría de las ocasiones- los magistrados a aplicar derechamente la ley (o el contrato en nuestro caso), sin darse tiempo para ver cual sería la solución más correcta para el caso particular, en otras palabras, sin aplicar estos correctivos, precisamente; porque en muchos de ellos no hay norma legal que los consagre.

No obstante lo anterior, no hay que restarle importancia a estos correctivos, porque si bien por sí solos no nos son suficientes, complementados con una legislación adecuada al respecto, podrían llegar a tener gran importancia, pues servirían de guía para una correcta aplicación de esta.

3.- Soluciones a priori.

Al tratar sobre el segundo grupo de paliativos, dentro de la clasificación antes formulada, esto es, aquellos paliativos que intentan solucionar el problema antes que este se genere, encontramos probablemente las soluciones más firmes al inconveniente planteado, estos paliativos son los que se han denominado “fomentando la contratación tipo bilateral” y “recurriendo al legislador”.

El primero de ellos, esto es, recurrir al contrato tipo-bilateral, es una medida bastante útil para contrarrestar el desequilibrio de las fuerzas negociadoras de las partes

contratantes, en la especie; del contrato de factoring, pero en general aplicable a cualquier figura en que se utilice la contratación por adhesión.

Como se señaló en el desarrollo del capítulo anterior, al tratar sobre el presente correctivo, la constitución de asociaciones protectoras de sus intereses resulta ser una solución eficaz, que deja en condiciones de discutir en igualdad de condiciones a las partes contratantes, sin que exista una desigualdad de fuerzas que permita a una de las partes imponer cláusulas leoninas a la otra. Bastaría que los clientes que recurren al negocio del factoring, se agruparan y a través de estas organizaciones, negociaran con las empresas que prestan el servicio.

La cuestión no es tan compleja, pues los clientes que recurren a este contrato son personas jurídicas, particularmente son pequeñas y medianas empresas (o al menos este tipo de empresas, son las que carecen de poder negociador y caen en la figura de la contratación por adhesión), por lo tanto; no es difícil identificarlas, y que estas formen una agrupación que vele por sus intereses, en nuestro caso, que lleguen a celebrar un contrato tipo bilateral en el que se establezcan las cláusulas que finalmente se incorporarán a los contratos individualmente considerados, pero tales cláusulas ya no serán el resultado de la voluntad de una de las partes contratantes, sino que serán consecuencia de una negociación previa de dos polos de intereses contrapuestos, con igual poder negociador, de manera que no hay una imposición de condiciones de ninguna parte sobre la otra.

Desde el punto de vista anterior, esta solución es muy positiva, pues; sin realizar grandes sacrificios el problema de la contratación por adhesión, en nuestro caso particular; el desequilibrio de las prestaciones de las partes en el contrato de factoring, se solucionaría o regularía por la sola intervención de las partes que recurren a él, o dicho de otro modo, sin necesidad de que intervenga el poder público.

Pero este correctivo, con todos los puntos positivos de los que pueda gozar, como lo son el hecho de solucionar el problema antes de que este se genere y que sea una forma de solución de conflictos autocompositiva, es decir, que no intervenga el poder público;

también tiene su debilidad, la que consiste en su falta de certeza, pues nada nos asegura que los representantes de las organizaciones negociadoras logren un consenso, en orden a eliminar las cláusulas abusivas, e incluso puede que se llegue a un acuerdo, pero que este de todas formas no se materialice en los contratos individuales que se celebren con posterioridad, en síntesis; este correctivo – con todas sus virtudes- queda sujeto; para su correcto funcionamiento, a la buena fe de las partes. Sin perjuicio de lo anterior, el correctivo es perfectamente aplicable a nuestro país, ya que, sopesando los aspectos positivos y negativos, los primeros superan ampliamente a los segundos.

Ahora, al referirme último paliativo tratado en este trabajo, tal vez, el más drástico de todos, que se ha denominado “recurriendo al legislador”, es necesario precisar que se trata de un correctivo al cual se debe recurrir cuando todos los demás, anteriormente analizados han sido infructuosos en la solución al problema en comento.

En esta medida correctora el Estado, debe actuar de una manera activa, el legislador tiene el deber de intervenir para precaver la contratación de adhesión, y producida, corregir las consecuencias perniciosas que pueda tener, en otras palabras, debe recurrir al contrato dirigido, donde la contratación deja de ser la imposición de la voluntad de una de las partes. Dicho de otro modo, se debe recurrir a otra forma de contratación, ya no a la por adhesión, sino, que es necesario acudir a la figura del contrato dirigido.

Esta solución, que es perfectamente aplicable al caso del factoring, es una obligación por parte del Estado, ya que éste debe someter al contrato de factoring a un estatuto de orden público que, previendo la protección del contratante más débil, atribuye carácter obligatorio a ciertas cláusulas, o prohíbe otras.

Es más, en casos similares en que se producían desigualdades entre las prestaciones de las partes contratantes, como el contrato de seguro o el de trabajo el legislador también ha debido intervenir, pues lo particulares no eran capaces de solucionar esta inequidad, y los resultados han sido positivos, de manera que para solucionar el conflicto que nos produce el contrato de factoring, es necesario esta intervención del legislador.

Tal como se puede concluir estoy haciendo referencia al *dirigismo especial* tratado en el capítulo II de este trabajo, el que considero la solución correcta a nuestro problema, pues; si bien, para poder implantarla es necesario realizar más esfuerzos que en la medida anterior - consistente en recurrir al contrato tipo-bilateral- con la presente medida, se pondría fin al problema de raíz, ya que las partes se verían obligadas por mandato legal a respetar ciertos mínimos y máximos que el legislador establecería como derechos irrenunciables, a favor de la parte débil contratante.

En razón de todo lo expuesto con anterioridad, es la figura del contrato dirigido la llamada a equilibrar las prestaciones de las partes contratantes del contrato de factoring, pues, el recurrir al contrato tipo-bilateral también es una buena medida que goza de muchos aspectos positivos, no nos asegura poner termino a este problema de una manera categórica, a diferencia del contrato dirigido, que nos da certeza en esta situación.

Ahora, no debe pensarse que la regulación del contrato de factoring debe ser total, exhaustiva, sin dejar ningún ámbito a la voluntad de la partes. La regulación debe ser precisamente, en aquellos puntos en que se generan las desproporciones de las prestaciones de las partes, y que generan la problemática en cuestión, pero dejando a las partes en lo demás, amplias facultades para adecuar el contrato a sus intereses particulares.

Es por eso, que la intervención del legislador es la medida necesaria para proteger los derechos e intereses de los clientes, que recurren al contrato de factoring en nuestro país, ya que sin esta intervención, seguirán siendo objeto de abusos por parte de las empresas de factoring, pues ellas, cuentan con todo el poder negociador.

Conclusiones.

Luego de haber finalizado el desarrollo del presente trabajo, en el que se ha tratado un problema puntual, que se produce con el contrato de factoring en nuestro país, es posible; llegar a las siguientes conclusiones:

1.- Es un hecho de que esta nueva forma de contratación mercantil, que se ha denominado “contrato de factoring o factoraje” se ha aplicado en nuestra práctica comercial de una manera distinta, a la forma en que se ha desarrollado en otros países, principalmente parte de Europa y Estados Unidos.

2.- Algunas de estas diferencias, radican fundamentalmente del hecho de que en Chile se le atribuya al contrato de factoring, casi exclusivamente, una función de financiamiento para las empresas, principalmente para las pequeñas y medianas empresas (PYMES), sin considerarse las múltiples funciones que se pueden obtener con esta forma de contratación, funciones que si son utilizadas en la práctica internacional.

3.- Consecuencia de lo anterior es que en Chile, en su gran mayoría, se presentan dos modalidades de este contrato, a saber, el “factoring sin responsabilidad” y el “factoring sin notificación”, lo que precisamente se produce porque, lo que se busca al recurrir a este negocio es, precisamente obtener financiamiento para los clientes.

4.- El hecho de que el factor no contraiga responsabilidad por la insolvencia de los deudores cedidos (factoring sin responsabilidad), es una manifestación del desequilibrio de obligaciones que asumen las partes contratantes, y el hecho de que los créditos cedidos no se notifiquen (factoring sin notificación), da a entender que la publicidad del contrato no es querida, ya sea por las propias partes o bien porque a los deudores cedidos no les agrada el hecho de tener que tratar con sujetos ajenos a su relación contractual.

5.- El desequilibrio de las prestaciones de las partes, tantas veces referido en este trabajo, se ve agravado por el hecho de que este contrato tiene el carácter de atípico, esto es, que no ha

sido objeto de una regulación por parte del legislador, quedando su regulación sujeta al acuerdo de voluntades de las partes contratantes.

6.- A mayor abundamiento, y debido a las grandes diferencias existentes entre el poder negociador de las partes contratantes, se ha caído en la figura del contrato de adhesión, en el cual, la parte con el poder negociador impone a la otra cláusulas abusivas e inequitativas, las que se ve obligado a aceptar sin posibilidad de negociar.

7.- Lamentablemente, las herramientas de las cuales nos provee nuestro ordenamiento jurídico, son insuficientes para poner coto al problema, lo que quiere decir que las desigualdades en las prestaciones de las partes se mantendrán, si es que, no se busca una solución innovadora al problema.

8.- En el desarrollo del presente trabajo, se han enunciado diversas medidas tendientes a solucionar la problemática en cuestión, pero la mayoría de esas medidas no son satisfactorias, ya sea porque no se pueden aplicar a nuestra realidad jurídica – al menos no sin antes realizar grandes modificaciones a nuestro ordenamiento jurídico- o bien porque se tratan de soluciones insuficientes, o que actúan de manera tardía.

9.- No obstante lo anterior, dos de las soluciones planteadas son satisfactorias para solucionar el problema.

10.- En primer lugar, una solución adecuada, consiste en recurrir al contrato tipo-bilateral, éste correctivo cuenta con muchos aspectos positivos, pero que a su vez cuenta con una falencia, que consiste en el hecho de no contar con una base sólida, pues, para su éxito es indispensable el consenso y buena fe de los particulares.

11.- En segundo lugar, está el paliativo denominado “recurriendo al legislador”, que en síntesis, trata de solucionar el problema recurriendo al contrato dirigido, figura que ya se ha empleado con éxito para situaciones similares, por tanto, esta es la solución correcta y

necesaria para poner fin, o al menos limitar a un punto razonable, esta desproporción de las prestaciones de las partes, que se genera al celebrar un contrato de factoring.

12.- Para adoptar el paliativo señalado en el numeral precedente, será necesario una modificación a nuestro derecho positivo, que consistiría, en la dictación de una nueva ley acerca del contrato de factoring, la que será el modo idóneo para proteger los intereses legítimos de las partes contratantes.

13.- La experiencia, ya ha demostrado, que la medida propuesta en el presente trabajo, es efectiva, muestra de ello es lo que sucedió al regular, positivamente, el contrato de trabajo, medida que también se realizó para poner límite al desequilibrio del poder negociador, pero en aquella ocasión se trató de trabajadores y empleadores.

14.- Estamos consientes de que dictar una ley sobre la materia, no obstante, implicar un gran esfuerzo, será una medida que cambiará la forma, en como se ha venido presentado, en nuestro país el contrato de factoring, dando lugar a un panorama mucho más alentador para las Pymes que recurren a él.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros:

- 1.- Batarce, Jaime (2001): *La industria del Factoring en Chile: una alternativa de financiamiento para las Pymes*, 1ª edición, Universidad de Chile.
- 2.- Sandoval, Ricardo (2003): *Contratos Merantiles*, Tomo 2, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 3.- Marré, Agustín (1995): *El Contrato de factoring*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 4.- García-Cruces, José (1990): *El Contrato de factoring*, 1ª edición, Editorial Tecnos, Madrid.
- 5.- Tomasello Hart, Leslie (1984): *La contratación. Contratación tipo, de adhesión y dirigida. Autocontratación y Subcontratación*, 1ª edición, Edeval, Valparaíso.
- 6.- López Santa María, Jorge (1971): *Sistemas de interpretación de los contratos*, 1ª edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso.
- 7.- López Santa María, Jorge (1986): *Los contratos (parte general)*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- 8.- Messineo, Francisco (1955): *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Memorias:

- 1.-Guzmán, Sergio, Ossandón Bernardo: *El factoring en el derecho civil*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad de Chile, 1996.

2.- Díaz, Manuel: *El factoring en la nueva legislación chilena: aspectos jurídicos, tributarios y financieros*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, Universidad Central, 1998.