

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE *LEASING*

*José Leyva Saavedra**

SUMARIO: 1.- Nota introductoria. 2.- Etimología y denominación. 3.- Definición de leasing. 4.- Subtipos de leasing: 4.1. Por su finalidad; 4.2. Por la naturaleza del bien; 4.3. Por su promoción. 4.4. Subtipos especiales. 5.- Naturaleza jurídica del leasing: 5.1. Teoría del arrendamiento; 5.2. Teoría de la compraventa; 5.3. Teoría del préstamo; 5.4. Teoría del contrato mixto; 5.5. Otras teorías. 6.- Nota conclusiva.

1. Nota introductoria

En las últimas décadas observamos un espectacular protagonismo del contrato, tanto que se dice que vivimos una época de «pan-contractualismo» que domina la escena de nuestro tiempo en todos los más diversos ámbitos¹. En la gesta

de este feliz momento mucho ha tenido que ver la circulación internacional de los contratos atípicos, que han convertido, en poco tiempo, a la aldea contractual regional en una aldea contractual global, en la que los contratos transitan encapsulados; esto es, con su propia parte general y especial.

¹ Vid. Galgano, «La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio», en *Contratto e impresa*, Padova, 2000, n. 2, p. 919.

En la sociedad actual, calificada como sociedad de las finanzas, la tecnología industrial ha sido sustituida por la técnica contractual: los productos financieros toman cuerpo y vida solo en virtud del uso sabio de la técnica jurídica. Un tiempo los contratos asumían solamente la función de hacer circular las cosas; hoy sirven también para producir, crear productos financieros, los *new properties*. Como en la época de la antigua *lex mercatoria*, los juristas regresan al escenario para poner en prueba su actitud creativa de nuevas generaciones de instrumentos financieros, señala Galgano, «Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio», en *Contratto e impresa*, Padova, 2000, n. 1, p. 196.

De ese valioso paquete de modelos negociales atípicos, provenientes en su mayoría del sistema del *common law*, el *leasing* es, probablemente, el contrato que mayor difusión y popularidad ha conseguido a lo largo y ancho del mundo. La clave de su éxito radica, principalmente, en la idoneidad y flexibilidad para la satisfacción de las concretas necesidades empresariales, y sobre todo a su estrecha vinculación al principio de libertad de empresa, que fundamenta la obligatoriedad de los contratos atípicos al tiempo que actúa la capacidad de adaptación de la obligación, concebida en abstracto o dogmáticamente, a las necesidades reales de cada país².

No obstante esta reconocida popularidad, algunos tópicos todavía despierta el interés de los hombres de derecho, bien porque siguen en construcción (como la naturaleza jurídica del *leasing*)

o porque siguen mostrándose controvertidos (como las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad de la empresa concedente). En esta oportunidad, partiendo del derecho peruano, recorreremos el difícil pero atractivo camino de la configuración jurídica; pero antes haremos una breve presentación de las líneas maestras de este importante medio de financiamiento, pensado fundamentalmente para apoyar el desarrollo y posicionamiento de las pequeñas y medianas empresas en los mercados nacional e internacional³.

2. Etimología y denominación

La palabra *leasing*, de origen anglosajón, deriva del verbo inglés *to lease*, que significa arrendar o dar en arriendo, y del sustantivo *lease*, traducido ordinariamente como arriendo o locación⁴. En el ámbito económico, no obstante,

² Cfr. Illescas, «Prólogo», en Leyva Saavedra, *Leasing*, en Tratado de derecho privado, Lima, 1998, vol. I, p. XIII. «L'elasticità dell'operazione costituisce uno straordinario punto di forza per l'imprenditore: dal piccolo macchinario industriale all'intera flotta automobilistica aziendale sino alla centrale atomica, il contratto di leasing è in grado di offrire risposta alle esigenze dell'impresa», recuerda Munari, «Leasing», en Enciclopedia del diritto, Milano, 2002, vol. VI, Aggiornamento, p. 656.

³ La operación asegura a las empresas usuarias nuevos medios para incentivar pronto la innovación tecnológica y permita, además, la construcción o renovación de las instalaciones de la empresa. Se trata, pues, de una técnica integradora y multiplicadora de las tradicionales fuentes de financiamiento para la dotación de capital a las empresas, concluye Fossati, *Il leasing*, Milano, 1987, p. 110.

⁴ Cfr. Leyva Saavedra, *Leasing*, cit., p. 152 ss.; Id., «Contratos de financiamiento empresarial», en Revista jurídica del Perú, Trujillo, 2002, n. 30, p. 146; Luminoso, «Il leasing finanziario: struttura dell'operazione e caratteri del contratto», en Buonocore (coord.), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2005, p. 658 ss.; Montoya Alberti—Montoya Alberti, «Contrato de leasing», en Montoya Manfredi, *Derecho Comercial*, Lima, 2006, t. III, p. 351 ss.

el término *leasing* se utiliza no para indicar en sí un contrato de arrendamiento, sino para enunciar un típico instrumento de financiación, es decir, un contrato que, a pesar de haberse construido y desarrollado sobre la base del arrendamiento, presenta elementos propios o típicos que lo diferencian sustancialmente del citado negocio⁵.

El término *leasing* hace su ingreso a la práctica comercial allá por los años cincuenta, siendo adoptado por la mayoría de los países europeos, con excepción de los latinos que, ante el inconveniente de no ser lo suficientemente claro para formular su naturaleza jurídica, han preferido adoptar, por recomendación de sus respectivos especialistas, una denominación propia, aun cuando no apropiada, para referirse a este tipo de contratos. Así, la Ley francesa 66/645, de 2

de julio de 1966, actualizada por la Ordenanza 67/837, de 27 de septiembre de 1967, utiliza la denominación de *crédit-bail*⁶; la Ley belga 55, de 10 de noviembre de 1967, adopta la expresión *location-financement*.

El vocablo *leasing*, en Italia, se traduce como locación financiada, locación de bienes instrumentales, etc.; aunque, la de mayor aceptación o más difundida, es la de *locazione finanziaria*, introducida por primera vez en el Decreto legge n. 918, de 30 de agosto de 1968, que contenía diversas medidas dirigidas a estimular las inversiones⁷. En ella, dicen los analistas, «locazione» indica el núcleo-base de la institución o, por lo menos, la relación jurídica prevalente; en tanto que la calificación de «finanziaria», a su vez, intenta destacar su aspecto teleológico, o bien, si se prefiere, su peculiaridad más

⁵ Cfr. Buonocore, «La locación financiera en el ordenamiento italiano», en Aa.Vv., *El leasing*, Buenos Aires, 1990, p. 15; Farina, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, 2005, t. 2, p. 81; Leyva Saavedra, *Contratos de financiamiento*, en *Tratado de derecho privado*, Lima, 2004, vol. II, p. 115.

⁶ Cfr. Cremonese, «Il leasing in Francia», en *Contratto e impresa/Europa*, Padova, 2004, n. 1, p. 144 ss.; Bargue, «El leasing en el derecho francés», en *Foro del derecho mercantil*, Bogotá, 2006, n. 10, p. 8 ss.

⁷ El término «locazione finanziaria» recibió mejor tratamiento en la Legge n. 1089, de 25 de octubre de 1968, que modificó el Decreto legge n. 918, de 30 de agosto de 1968, alcanzando su consagración formal en la reforma tributaria de los años 73 y 74, siendo acogida en la disciplina del IVA y del INVIDEM. Posteriormente, otras importantes leyes han adoptado esta terminología. Vid. Ferrarini, «La locazione finanziaria», en Rescigno (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, vol. II, t. III, p. 7; Buonocore, «Il contratto di leasing», en Buonocore – Luminoso (dirs.), *Contratti d'impresa*, Milano, 1993, t. 2, p. 1461 ss.; Clarizia, *I contratti nuovi. Factoring e locazione finanziaria*, en Bessone (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, vol. XV, p. 75 ss.; Id., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, en Buonocore (dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2002, Sez. II, t. 4, p. 144 ss.

relevante: la función de financiamiento que cumple.

En España, de igual manera, se han propuesto varias traducciones de la palabra *leasing*: préstamo arriendo, préstamo alquiler, crédito arrendamiento, locación venta, etc.; pero la que ha encontrado mayor aceptación es la denominación «arrendamiento financiero», publicitada por la empresa española Informática S.A. en 1969. El Real decreto 15/77, de 25 de febrero de 1977, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública; el Real decreto 1669/80, de 31 de julio de 1980, sobre Empresas de Arrendamiento Financiero y Arrendamiento Financiero de Inmuebles; la Ley 26/1988, de 29 de julio de 1988, sobre Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito; la Ley 3/1994, de 14 de abril de 1994, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (Directiva 1989/646/CE); y la Disposición Adicional Primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, utilizan dicha terminología.

Los países de América latina no escapan tampoco a esta diversidad denominativa. Brasil, por ejemplo, regula las operaciones de *leasing* a través de la Ley n. 6099/74, de 13 de septiembre de 1974, modificada por la Ley n. 7132/83, con el nombre de «arrendamiento mercantil». No obstante, otras disposiciones utilizan conjuntamente la expresión «arrendamiento mercantil -

leasing», *verbi gratia*, Circular 292/76 del Banco Central, Portaria 376-E/76 y 564/78 del Ministerio de Hacienda, Resolución n. 2309 de 28 de agosto de 1996, del Banco Central. Argentina, a su turno, por medio de la Ley n. 18061, de Entidades Financieras, de 15 de noviembre de 1969, introduce el *leasing* a su ordenamiento jurídico con la denominación de «locación de bienes de capital o locación financiera», mantenida en la Ley n. 21526, la cual fue abandonada por la Ley n. 24441, publicada el 16 de enero de 1995, que adopta la de *leasing*. La Ley n. 25248, publicada el 14 de junio del 2000, igualmente se refiere a este contrato con la denominación *leasing*.

El Código Civil Peruano de 1984, apoyado en la tendencia iniciada por el Decreto ley n. 22738, de 23 de octubre de 1979, seguida por el Decreto leg. n. 212, de 12 de junio de 1981 y adoptada también por el Decreto leg. n. 299 (Ley de Arrendamiento Financiero - LAF-), de 29 de julio de 1984, hace alusión al *leasing* con la expresión «arrendamiento financiero». Las disposiciones complementarias y conexas adoptan, igualmente, esta terminología, como es el caso de la Ley General del Sistema Financiero (LGSF), arts. 16, 210, 221.35, 223.4, 290.u, ss.; y del Decreto leg. n. 915, de 12 de abril del 2001, que precisa la aplicación del art. 18 LAF.

La denominación arrendamiento financiero, acogida favorablemente en las legislaciones de los países de esta parte

de América, a pesar de tener la ventaja de estar acuñada y destacar el carácter financiero de esta institución negocial, no resiste una fundada crítica. En principio, porque subraya el aspecto arrendaticio de estos contratos, que ni es esencial ni traduce, siquiera, jurídicamente la realidad del uso que se cede; y, además, porque omite toda referencia o, mejor, deja en la penumbra a un elemento típico, que conforma la *essentia* misma del negocio, como es la cláusula de opción de compra, pactada con antelación a un precio equivalente al valor residual, la cual podrá o no, en su momento, ser ejercida por la empresa usuaria.

La denominación arrendamiento financiero, en consecuencia, es una traducción inexacta e incompleta del término inglés *leasing*; de allí que, como se ha

dicho, ella resulte inaceptable para la técnica jurídica⁸. Por ende, mientras no se logre una adecuada formulación de este tipo contractual, es decir, en tanto no se revele su *raison d'être*, o su naturaleza misma, resulta más aconsejable que la legislación de nuestro país, siguiendo el ejemplo de Argentina, haga uso de la palabra *leasing*, no sólo porque su traducción al español resulte complicada, toda vez que la equivalencia es en rigor dudosa⁹, sino también por ser la más utilizada en el tráfico jurídico internacional, y ello, sin duda, debido a su carácter sintético y gráfico del término. Con razón, CUESTA RUTE subraya que en estas materias no es fácil desterrar un término perfectamente admitido y reconocido en el tráfico jurídico universal, que además añade la brevedad que el idioma inglés imprime¹⁰.

⁸ Cfr. Amorós, «El leasing inmobiliario y su inscripción registral», en Revista crítica de derecho inmobiliario, Madrid, 1995, n. 579, p. 874.

⁹ Esta recomendación, publicitada desde nuestro primer trabajo allá por el año de 1992, ha sido formulada por reconocidos autores para sus respectivos países. Así, por ejemplo, Rico Pérez, Uso y disfrute de bienes, cit., p. 19; Vidal Blanco, El leasing, una innovación en la técnica de la financiación, Madrid, 1977, p. 48; Caselli, «Leasing», en Contratto e impresa, Padova, 1985, n. 1, p. 213 ss.; Luminoso, «El leasing financiero», cit., p. 659 ss.; Munari, «Leasing», cit., p. 655 ss.; Kemelmajer, «Aproximación al contrato de leasing inmobiliario», en Aa. Vv., Homenaje a Raymundo Fernández, Buenos Aires, 1995, p. 464; Farina, Contratos comerciales, cit., p. 82; Martorell, Tratado de los contratos de empresa, Buenos Aires, 1993, vol. I, p. 354; Buitrago Rubira, El leasing mobiliario y su jurisprudencia, Navarra, 1998, p. 23 ss.; Sánchez Jiménez, «El contrato de leasing», en Calvo Caravaca – Fernández de la Gándara (dirs.), Contratos internacionales, Madrid, 1999, p. 933; García Gamica, El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España-amplona, 2001, p. 25 ss.

¹⁰ «Reflexiones en torno al leasing», en Revista de derecho mercantil, Madrid, 1970, n. 118, p. 541. En la práctica americana y europea, la utilización de las palabras *lessor* y *lessee* para referirse a la empresa de leasing y a la usuaria son las más usuales; a pesar de ello, traducirlas literalmente como arrendador/locador y arrendatario/locatario poco ayuda, pues, como bien

3.- Definición de leasing

No obstante haberse advertido que el *leasing* es uno de los institutos contractuales de difícil o imposible definición¹¹, la mayoría de legisladores han intentado definirlo, como veremos seguidamente.

La Ley francesa 66/455, en el art. 1. señala: «Las operaciones de *leasing* consideradas en la presente ley son las operaciones de arrendamiento de bienes de equipo, de material de utillaje o de bienes inmobiliarios de uso profesional, especialmente compradas con vistas a este alquiler por empresas que permanecen propietarias de tales bienes, cuando dichas operaciones, cualquiera que sea su denominación, dan al arrendatario la facultad de adquirir todo o parte de los bienes alquilados por un precio convenido, teniendo en cuenta, al menos en parte, las entregas efectuadas a título de alquileres».

La Ley italiana 183, de 2 de mayo de 1976, art. 17.2, establece: «Por operaciones de locazione finanziaria o leasing se entienden las operaciones de locación

de bienes muebles e inmuebles, adquiridos o hechos construir por el locador, a pedido e indicación del locatario, que asume todos los riesgos, y con la facultad de este último de adquirir la propiedad de los bienes locados al término de la locación, previo pago de un precio preestablecido».

La Ley española 26/1988, en la Séptima Disposición Adicional, dispone que: «Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas (en los términos que regula la ley). Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario»¹².

se sabe, en inglés una palabra puede tener muchas acepciones y son muy frecuentes los giros idiomáticos.

- ¹¹ No resulta sencillo establecer una definición de leasing o arrendamiento financiero. El procedimiento más útil consiste en mostrar las relaciones que surgen entre los tres sujetos que intervienen en dicho contrato, estima Cahanillas, «La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el convenio sobre leasing internacional», en Anuario de derecho civil, Madrid, 1991, t. XLIV, fasc. II, p. 963.
- ¹² Dicha disposición no sólo pretendió introducir modificaciones en el tratamiento fiscal del contrato de leasing, sino ofrecer, además, una regulación sustantiva, la cual resultó a la postre insuficiente. Véase Sánchez Parodi, Leasing financiero mobiliario, Madrid, 1989, p.

El Code civil de Québec, en el art. 1842, expresa: «El *crédit-bail* es el contrato en virtud del cual una persona, el *crédit-bailleur*, pone un bien mueble a disposición de otra persona, el *crédit-preneur*, durante un periodo de tiempo determinado y por el pago de una contraprestación. El bien objeto del *crédit-bail* es adquirido por el *crédit-bailleur* de un tercero, a solicitud del *crédit-preneur* y de conformidad con las instrucciones de éste».

A tenor del art. 1 LAF, se considera «arrendamiento financiero, el contrato mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado».

En nuestra opinión, el *leasing* es un contrato de financiamiento en virtud del cual una de las partes, la empresa de *leasing*, se obliga a adquirir y luego dar en uso un bien de capital elegido, previamente, por la otra parte, la empresa usuaria, a cambio del pago de un canon como contraprestación por ésta, durante un determinado plazo contractual, que generalmente coincide con la vida útil del bien, finalizado el cual puede ejercer la opción de compra, pagando el valor residual pactado, prorrogar o firmar un nuevo contrato o, en su defecto, devolver el bien¹³.

La enunciada definición pone de manifiesto los elementos subjetivos y objetivos que caracterizan al contrato de *leasing*. En primer lugar, individualiza las dos partes contratantes: de un lado, una empresa de *leasing*, que tiene por

37; Gutiérrez Gilsanz, Defensa del usuario en el leasing financiero, Madrid, 2003, p. 27. De acuerdo a esta Disposición, los contratos de leasing han de tener una duración mínima de dos años y destinarse a usos profesionales o empresariales. La parte de cuotas destinadas a recuperar el coste del bien ha de permanecer igual o creciente durante la vida del contrato. Estos requisitos, sin embargo, lo son a efectos fiscales, lo que implica la validez civil de los contratos que no reúnan los mismos, señala Fernández, «El leasing frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de venta de bienes muebles a plazos», en Revista de derecho mercantil, Madrid, 2001, n. 239, p. 204. Cabe agregar que la Disposición Adicional Primera de la Ley de ventas a plazos de bienes muebles, Ley 28/1998, de 13 de julio, dedicada al arrendamiento financiero de determinados bienes muebles, se refiere expresamente a los contratos de arrendamiento financiero, regulados en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1988, esto supone, en efecto, que la definición contenida en ella queda como referente en el Derecho español.

¹³ Cfr. Leyva Saavedra, Leasing, cit., p. 60; Id., Contratos de financiamiento, cit., p. 122. Otras definiciones en Amorós, «El leasing inmobiliario», cit., p. 865; Clarizia, I contratti per il finanziamento, cit., 151 ss.; Perlingieri—Valentino, «Leasing», en Perlingieri, Manuale di diritto civile, Napoli, 2005, p. 511; Vidal Blanco, El leasing, cit., p. 56.

objeto la intermediación financiera, esto es, captar capitales del sector privado para destinarlos a operaciones de *leasing*, y, del otro, una empresa usuaria, dedicada a la actividad industrial, comercial o profesional¹⁴; en segundo lugar, individualiza el objeto del negocio, no en cualquier bien, sino en aquellos necesarios solamente a la empresa para el desarrollo de su propio proceso productivo, los cuales tienen como matiz una natural obsolescencia y una consecuente pérdida de su intrínseco valor comercial al final del plazo inicial. En

estos últimos años, sin embargo, observamos operaciones de *leasing* que tienen por objeto bienes especiales, si cabe el término, *verbi gratia*: cuadros de arte de pintores famosos, acciones, *softwares*, jugadores de fútbol y de baloncesto, etc.

Igualmente, destaca dos rasgos típicos complementarios a los enunciados elementos del contrato: el plazo contractual inicial, establecido habitualmente en función a la vida económica del bien, y la opción de compra que tiene la usua-

¹⁴ Un sector minoritario de la doctrina considera que el *leasing* es un contrato trilateral, es decir, un contrato celebrado con la intervención de tres sujetos: la concedente, la usuaria y la proveedora o vendedora de los bienes.

En este sentido, Mirabelli, «Il leasing e il diritto italiano», en Banca, borsa e titoli di credito, Milano, 1974, n. 2, parte I, p. 245; Chindemi, «Trilateralità del contratto di leasing e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1.526 c.c.», en Responsabilità civile e previdenza, Milano, 1994, vol. LIX, n. 2, p. 184; Jiménez de Parga – De Gispert, «La operación de leasing, ¿es una operación de crédito?», en Revista de derecho bancario y bursátil, Madrid, 1988, n. 31, p. 504; Purcaro, La locazione finanziaria, Padova, 1998, p. 24; Addante, «Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing», en Contratto e impresa, Padova, 2004, n. 3, p. 1055.

La Corte di Cassazione, en la sentencia n. 854, de 26 de enero de 2000, muestra u identificación con esta tesis, pues afirma que cada una de las partes contratantes sabe que debe concluir un acuerdo con las otras partes interesadas en el negocio. Vid. Barbiera, «Vizi della cosa concessa in leasing e diritti dell'utilizzatore», en Giurisprudenza italiana, Roma, 2000, parte II, c. 1136. No compartimos dicha tesis, toda vez que el *leasing* es un contrato concluido simplemente por dos partes: la empresa de *leasing* y la empresa usuaria. Si bien en la operación económica participan normalmente tres empresas, dada la natural presencia de una proveedora del bien, ello no significa que se altere la estructura bilateral del *leasing*, pues la proveedora tiene la calidad de tercero en la relación jurídica contractual. Vid. Leyva Saavedra, *Leasing*, cit., p. 60; Id., «Contratos de financiamiento», cit., p. 389; Illescas, «El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato», en Revista de derecho mercantil, Madrid, 1971, n. 119, p. 73; Giovanoli, Le crédit-bail (leasing) en Europa: développement e nature juridique, Paris, 1980, p. 28; Vidal Blanco, El leasing, cit., p. 107; Sánchez Parodi, *Leasing financiero*, cit., p. 172; Luminoso, «Il leasing finanziario», cit., p. 660; Munari, «Leasing», cit., p. 656.

ria al final del plazo pactado, la cual puede ser ejercida en cualquier momento hasta el vencimiento del plazo contractual (art. 7.2 LAF), previo pago del valor residual, por lo general inferior al valor real del bien en el mercado.

4.- Subtipos de leasing

Los subtipos de *leasing* han merecido diversas e ingeniosas clasificaciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada. Nosotros, por razones didácticas, seguimos aquella clasificación que atiende a la finalidad de las partes, a la naturaleza de los bienes y la promoción del *leasing* en ciertos sectores, toda vez que ésta nos acerca más a una terminología jurídica capaz de permitirnos conocer con mayor facilidad la *essentia* de esta institución negocial

4.1. Por su finalidad

Por la finalidad o pretensión que anima a las partes a celebrar un *leasing*, la doctrina clasifica este contrato en operativo y financiero; en tanto que la jurisprudencia italiana habla de *leasing* «traslativo» y de «godimento»¹⁵. Veamos cada una de ellas.

a) *Leasing operativo*. Este contrato, que en opinión de unos constituye la forma primitiva del *leasing* financiero¹⁶, es una modalidad contractual de comercialización por la cual una empresa, habitualmente fabricante o proveedora, denominada arrendadora, se obliga a ceder, durante un plazo determinado, el uso de un bien o bienes a otra empresa, denominada

¹⁵ Esta clasificación empieza su andadura con las sentencias de Cassazione de 13 de diciembre de 1989, emitidas con los números 5569 al 5574. Vid Bussani, «Leasing», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1992, n. 6, p. 778 ss.; Corso, «Il doppio binario della cassazione», en *Responsabilità civile e previdenza*, Milano, 1993, vol. LVIII, n. 1, p. 114 ss.; Chindemi, «Trilateralità del contratto di leasing», cit., p. 184 ss.; De Nova, *Nuovi contratti*, en *Il diritto attuale*, Torino, 1990, vol. 10, p. 206 ss.; Lucchini, «La risoluzione del contratto del leasing finanziario», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1991, n. 2, p. 494 ss.; Clarizia, *I contratti di finanziamento*, cit., p. 307 ss.

¹⁶ Son de este parecer, Fossati, *Il leasing*, cit., p. 3 ss.; Martín Oviedo, «Naturaleza y régimen jurídico de las operaciones de leasing», en *Revista de derecho financiero y hacienda pública*, Madrid, 1973, vol. XXIII, n. 106-7, p. 1049. Se confunde dos negocios distintos: el leasing operativo, como fórmula de colocación de los bienes producidos en el mercado, y el leasing financiero, como actividad desarrollada por establecimientos financieros. Uno no es antecedente del otro, como sostiene la tesis tradicional; estamos ante figuras contractuales diversas, cuya evolución ha sido paralela, a partir de un antecedente común, revelado por su propia denominación: el contrato de «lease», apunta García Garnica, *El régimen jurídico del leasing*, cit., p. 39.

arrendataria, a cambio de una renta periódica como contraprestación. Por lo general, estos contratos vienen acompañados de una serie de servicios, como mantenimiento, reparación, asistencia técnica, etc.

b) *Leasing* financiero. Esta institución contractual, hoy en día, es el máximo exponente del clásico contrato de *leasing*, pues él devela la filosofía que motivó su gestación, nacimiento, desarrollo y consolidación en la praxis norteamericana. A éste, como genuino y típico contrato de financiación, y no a otro, se le ha rebautizado como «crédit-bail» en Francia y Québec, «location amortissement» en Bélgica, «locazione finanziaria» en Italia, «locação financeira» en Portugal, «crédito de uso» en Uruguay, «arrendamiento financiero» en España y Perú. Este subtipo es un auténtico medio de financiación que se propone, de manera general, dar respuesta a la creciente demanda de capital en los sectores de la industria y el comercio, y de manera particular, aspira a cumplir esta función respecto a la pequeña y mediana empresa, que no tienen, como la gran empresa, fácil acceso a los tradicionales medios de financiamiento.

A pesar de presentarse habitualmente ambos institutos contractuales

como resultado de una presunta evolución histórica del *leasing*, donde el operativo aparece como la forma primitiva y el financiero como fruto de la evolución histórica del mercado, consideramos equivocada la calificación de simples matices de un mismo negocio jurídico, toda vez que las diferencias entre ellos son más sustanciales que formales.

c) *Leasing* «di godimento». Este contrato, llamado también *leasing* tradicional, desarrolla fundamentalmente una función de financiamiento y se caracteriza, de un lado, por tener por objeto bienes que agotan su propia utilidad económica en un determinado período de tiempo, que coincide por regla general con la duración del contrato; de otro, por la perfecta reciprocidad entre las prestaciones de las partes durante el desarrollo de la relación contractual, en tanto los cánones pagados tienden a remunerar al concedente el valor económico consumido por la usuaria. En esta hipótesis, se comprende como la finalidad que anima a la usuaria, deducida del contrato, no es aquella de adquirir la propiedad del bien, sino la de asegurar el uso por todo el período en el cual el bien es idóneo para aportar su utilidad económica. En estos contratos, las partes, habitualmente, incluyen una opción de compra que permite a la usuaria, de manera formal, adquirir

rir la propiedad del bien al final del plazo contractual, previo pago del valor residual; pero se trata aquí de una cláusula que presenta, según la valoración de los contratantes, un aspecto marginal o secundario, que no incide sobre la primaria función de financiamiento del uso del bien que el contrato está destinado a realizar.

d) *Leasing* «traslativo». Esta modalidad, llamada también «nuevo *leasing*», se caracteriza por la falta de coincidencia entre la obsolescencia del bien y la duración de la relación contractual, con la consecuencia que el bien al terminar el plazo establecido no habrá agotado su valor económico y tendrá un valor residual superior al precio de opción¹⁷. Este dato, además de conceder a la opción un rol esencial en la estructura del nuevo modelo de *leasing*, pone en evidencia que en la perspectiva final de las partes y en la articulación del programa negocial, el pago de los cánones en su integridad no paga sólo el valor

de goce del bien, sino el valor del bien en cuanto tal, con la consiguiente consideración que cada canon, a su vez, paga, además de una cuota imputable al uso, también una cuota del precio. Se afirma, pues, que en este caso el contrato de *leasing* se desliga de su función originaria, vinculada a las necesidades de la empresa, para devenir en un instrumento más general de financiamiento dirigido a proporcionar, según la intención de las partes, el goce de un bien o bienes con la sucesiva adquisición de la propiedad de los mismos por la empresa usuaria.

4.2. Por la naturaleza del bien

Con base a la naturaleza del bien, la doctrina distingue entre *leasing* de bienes muebles o mobiliario, y *leasing* de bienes inmuebles o inmobiliario.

a) *Leasing* mobiliario. La mayor parte de la literatura jurídica está referida al *leasing* mobiliario, es decir, al *leasing* de bienes de ca-

¹⁷ Cfr. Luminoso, «Il leasing finanziario», cit., p. 664. En este subtipo de *leasing*, las partes en el momento de la celebración del contrato prevén que el bien, atendiendo a su naturaleza, al uso programado y a la duración del contrato, tendrá un valor residual particularmente apreciable para la usuaria, «in quanto notevolmente superiore al prezzo di opzione, sicché il trasferimento del bene all'utilizzatore non costituisce, come nel leasing tradizionale, un'eventualità del tutto marginale ed accessoria, ma rientra nella funzione dalle parti assegnata al contratto», explica Penta, «Leasing traslativo, Fallimento dell'utilizzatore», en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Padova, 2002, n. 3, p. 483.

pital o de bienes instrumentales para la empresa que pueden ser trasladados de un punto a otro del espacio. La explicación quizá puede encontrarse en el hecho que sobre la base de él se haya construido casi todo el entramado económico y jurídico del *leasing*, sin olvidar tampoco que con él inició y pronto alcanzó su mayor desarrollo, motivando, en efecto, la elaboración de la Convención sobre Leasing Internacional (CLI).

- b) *Leasing* inmobiliario. Esta modalidad, que se realiza sobre bienes que no pueden trasladarse o transportarse de un lugar a otro, aun cuando no ha alcanzado el desarrollo del mobiliario, viene respondiendo satisfactoriamente a diversos intereses económicos. Por ejemplo, en los países escandinavos, caracterizados por una larga tradición de planificación urbana, el *leasing* inmobiliario es utilizado como instrumento de política de planeamiento. En los Estados Unidos de Norteamérica, donde esta técnica nace y alcanza su mayor desarrollo, es frecuente su utilización en la construcción

de los conocidos «Shopping centers». En el mercado italiano, las empresas autorizadas a operar aplican el *leasing* inmobiliario al sector agrícola, al de la Administración pública y al del comercio internacional.

4.3. Por su promoción

- a) *Leasing* público directo. Esta modalidad se caracteriza porque el Estado es el que interviene directamente en el mercado, a través de la creación de una empresa especializada, lo que, a la postre, le otorga un par de ventajas: de un lado, le permite aportar a las empresas una estructura capaz de activar conocimientos técnicos y especializados útiles para efectuar una buena aplicación de la inversión; del otro, le permite intervenir en aquellos sectores en los que, por el alto riesgo o por la necesidad de contar con estructuras especializadas, no se aventuraría a actuar una empresa privada¹⁸.
- b) *Leasing* público indirecto. Esta fórmula de actuación prevista por la citada ley la constituye el

¹⁸ Cfr. Garvin, «El leasing público en Italia», en *Revista administración pública*, Madrid, 1985, n. 107, p. 360; Buonocore, «Il leasing pubblico: appunti», en *Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1984, p. 18; Bussani, «Locazione finanziaria», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1986, n. 6, p. 612; De Nova, *Nuovi contratti*, cit., p. 242; Busquets le Monier, «El leasing español, su situación actual y su futuro», en *Boletín del ilustre colegio de abogados de Madrid*, 1991, n. 6, p. 19; Caianiello – Erolí, «Leasing pubblico», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1998, vol. II, Aggiornamento, p. 489 ss.

leasing público indirecto, operado por las empresas de *leasing* privadas que previamente han celebrado un convenio con la «Cassa per il Mezzogiorno».

4.4. Subtipos especiales

Los subtipos que vamos a continuación estudiar, aun cuando permanecen bajo la sombra del tipo contractual *leasing*, presentan rasgos propios que los individualizan, al punto de ser considerados como modalidades especiales de *leasing*. Veamos algunas:

a) *Lease back*. Este contrato brinda a las empresas una canal de financiamiento alternativo y muy imaginativo, ya que les permite potenciar su capital circulante monetizando sus propios bienes muebles e inmuebles; es decir, los transforma en instrumentos de financiamiento pero con la ventaja de seguir utilizándolos dentro de su proceso productivo. Se trata, por ende, de una peculiar y

eficaz forma de autofinanciamiento que mira a potenciar la empresa utilizando sus bienes de capital como instrumentos de financiamiento. De allí que el *lease back*, probablemente, sea el único y original instrumento jurídico elaborado por la práctica negocial, que permita a la empresa obtener financiamiento de manera inmediata y, a la vez, continuar utilizando los bienes que sirvieron de vehículos financieros en su proceso de producción¹⁹.

El *lease back* es un contrato en virtud del cual una empresa vende un bien de su propiedad, de naturaleza mueble o inmueble, a una empresa de *leasing*, la que, simultáneamente, le concede en *leasing* el uso del mismo bien, contra el pago de un canon periódico, durante un plazo determinado, y al final del cual le otorga la opción de comprar el bien, previo pago del valor residual preestablecido, de prorrogar el contrato o devolver el bien²⁰.

¹⁹ Cfr. Fanan, «Lease back», en Galgano (dir.), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, t. I, p. 779 ss.; Clarizia, *I contratti di finanziamento*, cit., p. 383 ss.; Lumixoso, «Il leasing finanziario», cit., p. 665; Munari, «Leasing», cit., p. 693.

²⁰ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 206; Id., «El lease back, una moderna técnica financiera», en *Gaceta jurídica*, Lima, 1999, t. 68-B, p. 26. Otras definiciones en FARINA, *Contratos comerciales*, cit., p. 96; MONJE, «Algunas consideraciones en torno al lease back en conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 1996, n. 635, p. 1396; SHERMI, «Leasing financiero, lease back e patto commissorio», en *Giustizia civile*, Milano, 1996, n. 6, p. 1746.

b) *Leasing* internacional. La Convención de Unidroit sobre Leasing Internacional²¹, la doctrina y jurisprudencia consideran como internacional el *leasing* cuando las partes intervinientes en la relación contractual, es decir, el *lessor* y el *lessee* residen o pertenecen a diversos países. Con mayor razón, es internacional el *leasing* cuando los tres sujetos concurrentes pertenecen a países diferentes (art. 1.1). No es internacional el *leasing*, en cambio, cuando el *lessor* y el *lessee* son coterráneos, aun cuando el proveedor sea de un país diverso²².

Bajo la denominación de *leasing* internacional se acostumbra hacer ingresar una gama de modalidades, de las cuales podemos citar: el *cross border leasing*, que combina elementos procedentes de tres ordenamientos jurídicos nacionales diferentes, es decir, la empresa proveedora interviene con una determinada nacionali-

dad, la empresa de *leasing* opera en un país diferente y la usuaria utiliza el bien o bienes en un tercer país; el *export leasing*, que se caracteriza porque tanto la empresa proveedora como la empresa de *leasing* residen en un mismo país, y la usuaria en otro; y el *import leasing*, en el cual la empresa de *leasing* y la usuaria residen en el mismo país, mientras que la fabricante o proveedora en otro.

c) *Leasing* aeronáutico. Esta modalidad contractual, conocida también como *leasing* de aeronaves, es el resultado del encuentro entre el complejo contrato de *leasing* con un no menos interesante como importante objeto: la aeronave. La aceptación que ha encontrado en este sector el *leasing*, se debe, en lo fundamental, al incremento del volumen de los medios financieros necesarios para disponer de una aeronave, a causa, entre otras, del aumento de

²¹ Esta Convención, aprobada el 28 de mayo de 1988 en la Conferencia Diplomática celebrada en Ottawa, está en vigencia en Francia, Italia y Nigeria desde el 1 de mayo de 1995, en Hungría desde el 1 de diciembre de 1996, en Panamá desde el 1 de octubre de 1997, en Letonia desde el 1 de marzo de 1998, en la Federación Rusa desde el 1 de enero de 1999, en Bielorrusia desde el 1 de marzo de 1999 y en Ouzbékistan desde el 1 de febrero del 2001. Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Madrid, 1997, p. 3 ss. Un informe sobre el estado actual de las suscripciones, ratificaciones y adhesiones a esta Convención puede verse en [<http://www.unidroit.org/english/implementation/i-main.htm>].

²² Cfr. DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 243; BUSSANI, «*Leasing*», cit., p. 820; LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 166; VISALLI, «La problematica del *leasing*», cit., p. 647.

las dimensiones de las mismas, de su especialización y la del equipo de navegación. Los operadores económicos recurren con frecuencia al *leasing* por su deducibilidad fiscal de los cánones, y las empresas de *leasing* para utilizar los beneficios fiscales relacionados con la importación, explotación, comercio, mantenimiento de las aeronaves, como ocurre con los previstos en los arts. 2 y 3 del Acuerdo de Ginebra, del 12 de abril de 1979, sobre comercio de aeronaves civiles.

d) *Otros subtipos.* Debemos mencionar otros subtipos de *leasing*, que poco a poco hacen su espacio, a saber: *leasing* agrícola, aplicado naturalmente a financiar la agricultura; *leasing* de obras de arte, es decir, de aquellas obras de pintores famosos que tienen un alto valor económico en el mercado, y que se prefiere obtenerlas en *leasing* para sus respectivas exposiciones; *leasing* accionario, que tiene por objeto acciones de prestigiosas empresas internacio-

nales; *leasing* de *software*, que tiene como objeto programas de computadoras para grandes empresas, particularmente bancarias y financieras; *leasing di calciatori*, esto es, *leasing* de jugadores de fútbol o de otras disciplinas deportivas cuyas cartas pases cuestan muchos millones de dólares; *leasing* de obras cinematográficas y de marcas famosas²³. El *leasing*, como se observa, cada día hace su ingreso a otros sectores con gran facilidad y utilidad, y ello por una simple razón: es un contrato a la medida de las empresas.

5. Naturaleza jurídica del leasing

En la doctrina y jurisprudencia comparadas se han construido un conjunto de tesis con el propósito de explicar la naturaleza jurídica de esta novel institución de financiamiento. Las posiciones son de las más encontradas y atienden, fundamentalmente, a la estructura del contrato y a los diferentes actos que integran su contenido, antes que a su función misma²⁴. En primer lugar, cabe señalar a aquéllas que intentan asimilar el

²³ Un amplio tratamiento de estos subtipos en LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 214 ss.; Id., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 122 ss.; CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento*, cit., p. 392 ss.

²⁴ El tema relativo a la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* constituye todavía el problema central. La confrontación entre la doctrina y la jurisprudencia se ha desarrollado en el arco de un treinteno abundante. El debate aparece hipertrófico y repetitivo, en larga parte basado en preconceptos e ideas traslaticias que, casi por osmosis, emigran de la doctrina a la jurisprudencia sin particulares reflexiones críticas. La lectura efectiva de los textos negociales demuestra que muchas de las afirmaciones efectuadas en la doctrina y en la jurisprudencia

leasing a alguno de los contratos ya regulados por el Derecho positivo; en segundo lugar, se hallan los que explican la naturaleza de este negocio en los llamados negocios mixtos o complejos; en tercer lugar, se ubican los que al no encontrar la forma o el modo de *encorsetarlo* en los negocios típicos, recurren a la categoría de los negocios atípicos; y, por último, esta aquella doctrina, mayoritaria por cierto, que concibe al *leasing* como un contrato nuevo, especial, con causa única y autonomía propia, integrando la gran familia de los contratos de empresa.

5.1. Teoría del arrendamiento

Esta tesis ha recibido singular respaldo tanto de la doctrina como de la legislación comparada. De esta última, significativos son los ejemplos de las Leyes francesas de 2 de julio de 1966 y la belga de 10 de noviem-

bre de 1967, que califican al *leasing* como «alquiler con promesa unilateral de venta»; la Ley italiana de 2 de mayo de 1976, las Leyes españolas de 25 de febrero de 1977 y de 31 de julio de 1980, la Ley colombiana de 1979, que la definen como «arrendamiento con opción de compra». En el Perú, la ley anterior (Decreto leg. 212) y la actual LAF, igualmente, hablan de «arrendamiento con opción de compra».

En opinión de los propulsores de la tesis del arrendamiento, se debe huir de las ficciones y examinar el *leasing* tal como se desarrolla en la realidad; y, en ella, dicen, se observa que la esencia de la relación jurídica entre la empresa de *leasing* y la usuaria está en el cambio entre la atribución temporal del goce de un bien y el pago de la contraprestación, la cual constituye, pues, la causa típica del contrato de arrendamiento²⁵.

no tienen efectivo asidero si se confronta con la práctica contractual, recuerda MUNARI, «*Leasing*», cit., p. 667.

- ²⁵ Siguen esta tesis en la doctrina italiana: BUONOCORE, «La locación financiera», cit., p. 104 ss.; CALANDRA, «Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria», en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1978, n. 2, p. 206 ss.; TABET, «La locazione di beni strumentali (*leasing*)», en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1973, parte II, p. 295 ss.; RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1997, p. 805 ss. En la doctrina francesa: COILLON, *El leasing*, cit., p. 93; GIOVANOLI, *Le crédit-bail*, cit., p. 232. En la doctrina española: ILLASCAS, «El *leasing*», cit., p. 73 ss.; CABANILLAS, «La naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1982, t. XXXV, fasc. 1, p. 58 (con posterioridad, este autor ha cambiado de punto de vista, concibiendo al *leasing* como un negocio fiduciario. Vid. «La configuración del arrendamiento financiero», cit., p. 983 ss.); SERRA MALLOL, «Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero», en *Revista general de derecho*, Madrid, 1996, n. 627, p. 1289 ss.

Esta posición, aun cuando en líneas generales sus propulsores manifiesten concordia, no sucede lo mismo en cuanto a su aplicación: unos, estiman que el *leasing* debe regularse, en forma total, por las disposiciones relativas al arrendamiento de bienes; otros, en cambio, sostienen que las especiales características del *leasing* determinan que no les sean aplicadas, en forma total, las normas que regulan el arrendamiento, sino sólo supletoriamente, pues debe tener un régimen jurídico especial²⁶. De este parecer es el legislador peruano, toda vez que estima que el *leasing* es un contrato de arrendamiento que se rige por su ley especial y, supletoriamente, por el Código civil, Libro VII, Título VI, «del arrendamiento», y por los arts. 1419 ss., en cuanto sean aplicables (art. 1677).

Atendiendo más a la función o finalidad perseguida por las partes, que a la estructura o elementos concurrentes en el *leasing*, la mejor doctrina ha formulado serias objeciones a la citada tesis y, con argumentos puntuales, ha diferenciado ambas instituciones, los cuales podemos resumirlos en los siguientes:

En primer lugar, debemos formular la siguiente pregunta: ¿qué propósito práctico anima a la empresa usuaria a adquirir bienes en *leasing*? Como norma general, podemos decir que la usuaria, al adquirir bienes en régimen de *leasing*,

pretende utilizarlos y extraer el máximo de utilidad económica posible, pero con la posibilidad, latente, de adquirirlos a su sola decisión y por un precio residual que es menor al precio del mercado, si los considera todavía útiles o rentables en su proceso de producción. Como se observa, la usuaria en un contrato de *leasing* no desea ser, ni tampoco lo es, una mera poseedora de los bienes; si así fuera, le basta celebrar un contrato de arrendamiento, pues pagaría rentas periódicas menores, y no asumiría, indudablemente, los gastos más elevados de una operación de *leasing* ni los riesgos y responsabilidades que de ella se derivan. Tampoco necesitaría ejercitar la opción de compra al final del plazo contractual, sino que le sería suficiente para esa finalidad de uso el continuar con el arrendamiento. Es verdad que durante el plazo inicial la empresa usuaria tiene la calidad de una mera usuaria, convirtiéndose en propietaria al final, cuando ejerce la opción de compra, pero eso no significa que su interés, su finalidad, sea la de ser una mera arrendataria.

En segundo lugar, podemos advertir otra diferencia en el significado que tiene el canon en ambos negocios. Así, mientras en la relación arrendaticia el pago de las rentas periódicas significa la contraprestación por la cesión del uso del bien, en el *leasing* el uso es sólo uno de los elementos componentes del canon,

²⁶ Cfr. TABET, «La locazione», cit., p. 295; BUONOCORE, «La locación financiera», cit., p. 109 ss.; CALANDRA, «Orientamenti della dottrina», cit., p. 209.

el cual supone el pago del conjunto de prestaciones a las que se obliga la empresa de *leasing*, entre las que se incluyen, además de la cesión del uso, la adquisición del bien y la eventual transferencia de la propiedad por el valor residual pactado para la opción de compra.

En tercer lugar, vale subrayar que los derechos y obligaciones nacidos de la firma del contrato de *leasing* se apartan sustancialmente del esquema típico del arrendamiento, hasta el punto que de éste no queda más que el uso y el nombre. Nos explicamos: las principales obligaciones del arrendador tendientes a asegurar al arrendatario el uso del bien, *verbi gratia*, la de entregar y, posteriormente, mantener en buen estado el bien, la de garantizar al arrendatario el goce pacífico del bien, el pago de las reparaciones necesarias (arts. 1678 C.c.), no tienen aplicación ni explicación en un contrato de *leasing*. Como se sabe, la empresa de *leasing*, al redactar las cláusulas generales se preocupa precisamente de exonerarse de esas cargas y obli-

gaciones, pues consideran, con razón, que su actividad es exclusivamente de intermediación financiera y no otra. Esta realidad ha llevado a algunos autores a decir que el esquema contractual utilizado por el *leasing* no se corresponde con la del arrendamiento típico. La cesión de uso que en el *leasing* se realiza no es un uso arrendatario porque no existe causa jurídica de arrendamiento. Será, si acaso, una cesión de uso *sui generis*²⁷.

A lo enunciado, debemos agregar que si bien en el *leasing* se pone a disposición de la usuaria el uso y goce de un bien, durante un plazo determinado, mediante el pago de un canon periódico, tales prestaciones son parte de un negocio más complejo, cuya finalidad principal o sustancial es la de financiar, primordialmente, la utilización y, eventualmente, la adquisición del bien por la empresa usuaria²⁸. Es, pues, esta función económica que preside el negocio la que determina la inclusión de ciertas cláusulas generales en el contenido del contrato, como las de limitación o exoneración.

²⁷ Cfr. AMORÓS, «El *leasing* inmobiliario», cit., p. 894; LEMINOSO, «El *leasing* financiero», cit., p. 664; MANZANO, «Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 1992, n. 611, p. 1798; PACHECO CAÑETE, «Naturaleza jurídica del *leasing* financiero. Reflexiones a la luz de la ley concursal», en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 2005, n. 255, p. 90; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing financiero*, cit., p. 148; VARA DE PAZ, «Naturaleza y régimen jurídico del contrato de *leasing*», en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Madrid, 2001, n. 84, p. 196. Algunos autores sí bien aceptan que tales peculiaridades confieren al *leasing* un carácter especial; sin embargo, estiman que ellas no desnaturalizan los esquemas que tipifican el arrendamiento, simplemente modifica aquellos que, por ser conaturales pero no esenciales, permiten el libre juego de la voluntad privada. Vid. JIMÉNEZ DE PARGA - DE GISPERT, «La operación de *leasing*», cit., p. 497.

ción de responsabilidad y otras, y que no tendrían, como hemos anotado, explicación ni justificación dentro del marco normativo del arrendamiento, produciéndose, en efecto, un marcado distanciamiento motivado, claro está, por las distintas funciones que cumplen ambos negocios²⁹.

Así lo entiende ROJO AJURIA cuando dice que la dificultad para regular el *leasing* como arrendamiento radica en la llamada función financiera del mismo, por cuanto el arrendamiento sólo tiene tal función cuando encubre una relación de crédito y de garantía. Y esto es así, porque el arrendamiento puede ser una alternativa a la inversión = financiación, pero no es ninguna de ambas cosas al ser tan sólo una simple cesión de uso cuyos cánones son el precio por el uso del bien³⁰.

Según esto, debemos convenir que el *leasing* y el arrendamiento tienen, efectivamente, un punto de encuentro, un punto común: la puesta a disposición de bienes en calidad de uso. Sin embargo, si nos atenemos a la finalidad, función y efectos de cada una de estas instituciones contractuales, tal como hemos visto, los puntos que los distancian son muy evidentes, al grado que huelgan comentarios adicionales.

5.2. Teoría de la compraventa

Los gestores de esta doctrina disconformes con los argumentos esgrimidos por la teoría del arrendamiento, que en su opinión pretende deliberadamente sustraer el contrato al régimen jurídico de la compraventa, decidieron dirigir sus investigaciones hacia la función económi-

²⁸ La finalidad financiera de este contrato ha sido observada con poca fortuna por algunos autores. Así, JIMÉNEZ DE PARGA—DE GISPÉRT consideran que la finalidad de financiación, que en el préstamo puede elevarse al rango de causa negocial, en el *leasing* permanece en un plano de neutralidad jurídica, jugando únicamente el papel de presupuesto económico o, si se quiere, de perfil teleológico del contrato («La operación de *leasing*», cit., p. 496).

²⁹ Son de este parecer, AMORÓS, «El *leasing* mobiliario», cit., p. 899 ss.; ILLESCAS, «El *leasing*», cit., p. 87 ss.; MORILLAS, «Algunos aspectos del *leasing*», cit., p. 487 ss.; MARZORATI, *Derecho de los negocios*, cit., p. 416; LUMINOSO, «El *leasing* financiero», cit., p. 662; BARRÉIRA, «Categorización jurídica», cit., p. 569; FERNÁNDEZ, «El *leasing*», cit., p. 208; PACHECO CAÑETE, «Naturaleza jurídica del *leasing*», cit., p. 91.

³⁰ *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987, p. 209. La dificultad a la que hace referencia el citado profesor español tiene su explicación en la diversa causa de cada uno de los negocios, y ello porque es distinta la función económico-social que tanto el arrendamiento como el *leasing* cumplen en el mercado. Igualmente, VILLAR URIBARRI señala que a la luz de la nueva normativa introducida por la Ley 26/1988 no es posible tal equiparación. Siendo imposible, por ende, equiparar la causa del *leasing* con la del arrendamiento, sin que desaparezcan los perfiles más acusados de esta figura regulada en el Código civil (*Régimen jurídico del leasing*, cit., p. 95).

ca que desempeña este negocio jurídico. El *leasing*, escribe CUISIA RUTE, es una operación de crédito y el ánimo del empresario es el mismo que le lleva a convenir una compraventa; la diferencia está únicamente en el modo de financiarla. En tal sentido, agrega el citado autor, es fácil deducir que no existe más negocio básico o fundamental en el *leasing* que el de compraventa. De allí que se pueda afirmar que la opción de compra por la suma pactada, en que consiste el valor residual, pone una vez más en evidencia la disociación radical entre el *leasing* y el arrendamiento para reconducir a aquél al terreno de la compraventa a plazos y el préstamo de financiación de esa compraventa³¹.

En cuanto a la función que cumple el contrato de *leasing*, los teóricos de la tesis de la compraventa consideran que mientras la empresa usuaria tiene interés en obtener la titularidad del bien pagando el precio en forma diferida, la empresa de *leasing* persigue la exclusiva finalidad de hacer producir su capital,

con una adecuada garantía para ello. En consecuencia, el objetivo económico perseguido y querido por ambas partes se alcanzaría a través de la celebración de un contrato de compraventa con reserva de propiedad.

Además, en apoyo de esta doctrina se dice que los cánones pagados por la empresa usuaria no sólo no constituyen la contraprestación por el uso del bien, sino que ellos, muchas veces, permiten a la usuaria, concluido el arrendamiento, adquirir el bien por un precio muy reducido respecto al precio de compra o de su valor actual en el mercado, lo que los lleva a concluir que el verdadero precio del bien viene pagado mediante la retribución de los cánones en el curso del arrendamiento.

Antes de referirnos a las observaciones formuladas a esta tesis, las que son bastantes, aunque para nuestro propósito las reconduciremos solamente a cuatro, debemos de poner de manifiesto la proximidad de ambas instituciones jurídicas, advertida tanto por la similar posición sustancial adoptada por la empresa fi-

³¹ «Reflexiones en torno al *leasing*», cit., p. 357. Referentes de esta tesis son: DE NOVA, «Contratto di *leasing* e controllo delle condizioni generali dei contratti», en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1973, n. 11-12, p. 339; ID., *Il contratto di leasing*, cit., p. 145 ss.; MIRABELLI, «Il *leasing* e il diritto italiano», en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1974, parte I, p. 228 ss.; BONFANTE, «Il contratto di vendita», en COTTONO (coord.), *I contratti commerciali*, en GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1991, vol. XVI, p. 150 ss.; MACÍA MORILLO, «Arrendamiento financiero y compraventa a plazos, simulación. Comentario a la STS de 21 de noviembre de 1998, RJ 1998/8750», en *Revista de derecho patrimonial*, Navarra, 1999, n. 2, p. 195 ss.

nanciada, lo que explica la tendencia desarrollada en los países anglosajones, como por la presencia del elemento financiero en cada una de ellas.

Un primer dato diferenciador es que, en la compraventa a plazos el financiamiento se realiza a través de una prorratación del precio de los bienes hecha por el mismo vendedor; en cambio, en el *leasing* interviene como financiador un sujeto diferente al vendedor de los bienes: la empresa de *leasing*. Además, la relación jurídica nacida entre la empresa financiera y la empresa financiada, no puede ser calificada, en puridad, como la de un contrato de compraventa a plazos con reserva de propiedad: ella es, y así debe entenderse, una relación de financiamiento especial³².

La segunda observación, se centra en el diferente mecanismo de transferencia de

propiedad. En la compraventa con reserva de propiedad, el comprador adquiere automáticamente la propiedad del bien, reservada *donem pretium solvatur*, con el pago de la última cuota del precio pactado³³; esto es, no se hace necesaria la emisión de una nueva declaración de voluntad de la parte vendedora, pues tratándose de una condición de la relación contractual, basta la verificación de este supuesto de alteración para que la parte compradora adquiera la propiedad en forma automática y con efecto *ex tunc*. El *leasing*, por el contrario, vencido el plazo contractual en el cual la usuaria tiene el uso del bien, hace necesaria la emisión de una nueva declaración de voluntad, de parte de la usuaria, para ejercer la opción de compra que le confiere el contrato. En consecuencia, no se transmite el dominio sino la tenencia del bien: sólo a partir del ejercicio de la opción, se aplicarán las re-

³² Cfr. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2002, p. 866; CABANILLAS, «La naturaleza del *leasing*», cit., p. 59 ss.; EMBID IRUJO, «Sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*», en *La Ley*, Madrid, 1990, vol. IV, p. 713 ss.; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., p. 138 ss.; ALFARO, «*Leasing*», cit., p. 3917; VISALLI, «La problemática del *leasing*», cit., p. 662; BUITRAGO, *El leasing mobiliario*, cit., p. 79 ss. El concedente en el *leasing* es propietario y su posición no es equiparable al vendedor que retiene el dominio, su actividad es crediticia no especulativa o comercial, por lo que no actúa revendiendo sino financiando, recuerda GONZÁLEZ CASTILLA, «Una vez más, la distinción entre el contrato de *leasing* y la compraventa a plazos», en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 2001, n. 242, p. 2165.

³³ El Código civil peruano, en el art. 1538, establece que «el comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido». En términos similares se expresan los Códigos civiles de Italia (art. 1523), Alemania (art. 455), Bolivia (art. 585). Vid. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 73; MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1979, t. V, p. 84; GALGANO, «Vendita (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1993, vol. XLVI, p. 500; ALBALADEJO, *Derecho civil*, Barcelona, 1997, t. II, vol. 2, p. 70.

glas de la compraventa y se producen sus efectos³⁴.

Ello es así, porque si los teóricos del *leasing* hubiesen pensado en arribar al final de este contrato con la adquisición del bien por parte de la empresa usuaria, no hubiesen inserto en el contrato una cláusula de opción de compra, sino hubieran establecido, *ab initio*, la automaticidad de la transferencia de la propiedad de los bienes de la empresa de *leasing* a la empresa usuaria³⁵. Incluso, creemos, es correcto razonar que en el *leasing*, al igual que en las demás téc-

nicas de financiación, la transferencia de la propiedad no es esencial, pues éste no es el propósito que anima a la empresa usuaria, resultándole suficiente, en la mayoría de casos, la prestación de uso temporal del bien para cumplir con su finalidad³⁶.

La tercera, ligada a la libertad de elección. Ordinariamente, la empresa usuaria, al momento de la celebración del contrato de *leasing*, no tiene la posibilidad de valorar que decisión le conveniría adoptar al vencimiento del plazo contractual; ella, por lo general, suele

³⁴ Cfr. LUMINOSO, «Il *leasing* finanziario», cit., p. 663; LEYVA SAAVEDRA, *Contratos de financiamiento*, cit., p. 132; SANCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., p. 141. El *leasing*, recuerda BUONOCORE, se inserta de manera prevalente, si no exclusivamente, en un contexto socio-económico opuesto a aquel que se desenvuelve la vida de la compraventa con reserva de propiedad: el mundo de las empresas, a cuyo desarrollo está destinado. La primera consecuencia reside en el hecho de que el requirente del bien no está en posición de debilidad y necesidad apremiante en que normalmente se encuentra el adquirente con pacto de reserva de dominio y tiene, sobre todo, respecto de este último, medios de financiación y líneas de crédito alternativas respecto del *leasing* («La locación financiera», cit., p. 61).

³⁵ Cfr. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, cit., p. 213; CLARIZIA, «Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria», en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1976, n. 4, parte II, p. 465 ss.; MUNARI, «Natura giuridica del *leasing* finanziario: una sentenza e qualche equivoco», en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1995, n. 1-4, p. 175. DE NOVA, por su parte, considera que la ausencia de la automaticidad de la transferencia de la propiedad en el *leasing* no es argumento decisivo para descartar su asimilación a la compraventa con reserva de propiedad. En realidad, el problema radica en establecer si las cuotas que la empresa usuaria paga tienen naturaleza de fracción del precio o es un canon arrendaticio, y para lo cual es necesario referirse al *quantum* del valor residual al vencimiento del plazo contractual, concluye el citado autor (*Nuovi contratti*, cit., p. 202).

³⁶ Con buen criterio y razonamiento la mejor doctrina estima que a la empresa usuaria no le interesa la propiedad del bien al momento de la celebración del contrato de *leasing*, sino que le basta la explotación o uso del mismo. La idea que lleva a la usuaria a contratar es utilizar el bien y devenir propietario solo eventualmente. En esta línea: BUONOCORE, «La locación financiera», cit., p. 105; MORILLAS, «Algunos aspectos del *leasing*», cit., p. 485; MARZORATI, *Derecho de los negocios*, cit., p. 415.

aparecer recién en la etapa de ejecución y a la luz de múltiples factores. Por ello, pensar, *a priori*, que la única alternativa que tiene la empresa usuaria al final del plazo contractual sea la adquisición del bien, sería asimilar el *leasing* a la compraventa con reserva de propiedad y, en efecto, desnaturalizar su finalidad para el cual fue concebido, esto es, financiar el uso de un bien o bienes y, eventualmente, ser título para la adquisición de los mismos.

La cuarta, relacionada con el canon que debe pagar la usuaria como contraprestación. BUONOCORE, luego de un detenido análisis, llega a la conclusión que el monto del canon no puede ser tomado como argumento decisivo en pro de la calificación del contrato, ya que al coincidir la duración de la vida económica del bien y la duración del contrato, el interés de la empresa usuaria de convertirse en propietaria se desvanece; en cambio, cuando existe una diferencia entre ambos elementos resurge el inte-

rés de ella por transformar el derecho personal en derecho real, el que se verificará previo pago del valor residual establecido. Estas, y otras razones, llevan al citado autor a concluir que la medida del canon no puede ser utilizada como criterio válido, en absoluto, en pro de la asimilación del *leasing* al contrato de compraventa con reserva de propiedad³⁷.

Por nuestra parte, consideramos que el intento, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia³⁸, de asimilar el *leasing* a la compraventa con reserva de propiedad, especialmente en el plano funcional, aun cuando para sus propulsores manifieste cierta solidez, no es el más atinado, pues como bien subraya FERRI, el *leasing* no es una operación de financiamiento cualquiera, sino una operación financiera que tiene una finalidad precisa y que en función de la realización de esta finalidad asume una calificación precisa y una estructuración particular. No obstante, con ciertas peculiaridades, es una operación de financiamiento. En

³⁷ «La locazione finanziaria», cit., p. 70. Las cuotas arrendaticias, opina MORILLAS, no constituyen fracciones del precio de adquisición del bien: su cuantía puede ser superior, igual o inferior al precio, pues incluyen el valor de depreciación del bien más los costos de adquisición por la empresa de *leasing* («Algunos aspectos del *leasing*», cit., p. 485).

³⁸ Algunos autores han puesto de manifiesto que, en los supuestos en los que el Tribunal Supremo español aprecia la existencia de una compraventa a plazos en lugar del *leasing*, se trataba en realidad de casos en los que el dato relevante no era tanto el valor residual de la opción, sino que el arrendatario carecía de ella, por ejemplo, por haberse pagado previamente mediante la aceptación de un pagaré o por letra de cambio puesta en circulación y negociada antes de poder ejercitar la usuaria la opción de compra. En este sentido, PARRA LUCÁN, «Comentario a la sentencia de 1 de febrero de 1999», en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, Madrid, 1999, n. 50, p. 831 ss.; PACHECO CAÑETE, «Naturaleza jurídica del *leasing*», cit., p. 95; VARA DE PAZ, «Naturaleza y régimen jurídico», cit., p. 197.

consecuencia, los diversos problemas que pueden surgir en el curso de la operación vienen valorados y resueltos con referencia a la efectiva naturaleza de la relación financiera, no con referencia a los principios aplicables al contrato de arrendamiento o al de compraventa a plazos con reserva de propiedad³⁹.

Según lo anotado, pues, no es posible pensar en la identidad de naturaleza entre ambos negocios jurídicos, aunque aparezcan sujetos a un mismo régimen en el UCC, toda vez que la finalidad económica perseguida por una y otra institución contractual es distinta. Por ende, se puede decir que «la identidad funcional entre la compraventa con reserva de propiedad y el *leasing* es más aparente que real».

5.3. Teoría del préstamo

Los últimos estudios desarrollados en esta materia, corresponden a los autores que destacan, en esencia,

naturaleza financiera del *leasing*; empero, la mayoría de ellos, estimando al dinero como objeto propio de este negocio, pretenden asimilar su naturaleza jurídica a la del contrato de préstamo. En este sentido, se define al *leasing* como técnica de crédito en la cual el prestamista ofrece al prestatario la locación de un bien unida a una promesa unilateral de venta. CLARIZIA, por ejemplo, señala que el *leasing* es un préstamo de dinero, en el cual la empresa dadora no tiene sino una propiedad formal, la cual únicamente cumple una función de garantía⁴⁰. Según esta tesis, la usuaria es la que adquiere la propiedad de los bienes, pero simultáneamente los vende a la empresa de *leasing*, la que se convierte en propietaria fiduciaria de los mismos hasta la devolución del dinero prestado, incluidos, gastos, intereses y el margen de ganancia. Una vez pagados los cánones establecidos, la empresa usuaria puede adquirir la pro-

³⁹ *Manuale di diritto*, cit., p. 866. La similitud que se invoca para comparar el *leasing* con la compraventa a plazos reposa en un aspecto formal, como es el pago escalonado del precio que se hace tanto en uno como en el otro negocio. Aquí se soslaya un aspecto sustancial como es el de la transferencia de la propiedad del bien seleccionado, que en el caso de la compraventa es real e inmediata, aunque parte del precio no sea saldado; en cambio, en el *leasing* la transmisión del dominio es potencial y, por ende, diferida, previo pago del precio total estipulado, pero el cliente tomador puede no optar por la adquisición del bien. Esta distinción es relevante y, por lo tanto, concluyente, opina BARRIEIRA, «Categorización jurídica», cit., p. 573.

⁴⁰ «Alcune considerazione sul contratto», cit., p. 465. En el derecho español, FERNÁNDEZ participa de esta tesis. Escribe este autor que la naturaleza del *leasing* no es complicada, sino sencilla: un préstamo. En el *leasing*, la sociedad financiera presta dinero y el usuario-prestatario está obligado a devolver dinero («El leasing», cit., p. 202).

piedad de los bienes, mediante el ejercicio de la opción de compra; si no hace uso o ejercicio de dicha opción, no adquiere la propiedad de los bienes⁴¹.

En opinión de GIOVANOLI, la calificación de préstamo debe mantenerse, puesto que hay una efectiva entrega de fondos a un tercero (fabricante/proveedor), hecha por orden del tomador. Es más, agrega el citado autor, el carácter puramente financiero se evidencia por la ausencia de una obligación positiva a cargo de la empresa dadora del *crédit-bail*, respecto al bien financiado por medio de ese contrato de préstamo⁴².

CALANDRA, refiriéndose a la asimilación antes mencionada, con razón afirma que

ésta no puede ser más que teleológica, puesto que, aun cuando para la empresa de *leasing* la operación se sustenta en una operación crediticia, cuya ecuación financiera se asemeja a un mutuo, ambos contratos revisten características diferentes⁴³. A saber, en el mutuo existe una operación crediticia de carácter directo por la cual el mutuante transfiere al mutuuario la propiedad de determinados bienes fungibles, obligándose éste a devolver otros de la misma especie y cantidad. En el *leasing*, antes bien, el crédito se otorga en forma indirecta a través de la adquisición de un bien de capital y la concesión del mismo en uso a la empresa usuaria⁴⁴. En este caso, pues, no existe transferencia de la propiedad, sino que ella también permanece en el patrimonio de la empresa de

⁴¹ Vid. CABANILLAS, «La naturaleza del *leasing*», cit., p. 53 ss.; MANZANO, «Sobre la naturaleza jurídica», cit., p. 1795; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., p. 119 ss.

⁴² *Le crédit-bail*, cit., p. 375 ss. Identificándose con esta tesis, ALFARO señala que para explicar la obligación del usuario de reintegrar mediante las cuotas de inversión de la empresa de *leasing*, es necesario recurrir al préstamo: pues tanto en el *leasing* como en el préstamo de dinero, una de las partes (el prestamista/la sociedad de *leasing*) pone a disposición de la otra (prestatario/usuario) valor patrimonial abstracto para que la otra parte disfrute de él — bien comprando lo que sea, bien mediante la previa adquisición del bien — y para que restituya al final la cantidad prestada mediante el pago de cuotas. La existencia de diferencias relevantes (carácter real o consensual, devolución del *tantumdem*, transmisión de la propiedad, etc.) no impide la calificación señalada («*Leasing*», cit., p. 3917).

⁴³ «Orientamenti della dottrina», cit., p. 211. Comparten esta tesis, SÁNCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., p. 125 ss.; PACHECO CAÑETE, «Naturaleza jurídica del *leasing*», cit., p. 98; SEGURADO, *El leasing*, Barcelona, 1992, p. 19. Según FERNÁNDEZ, no se puede mantener que no hay préstamo porque los fondos van a parar directamente, en algún caso, a las manos del vendedor. Incluso las cuotas que el usuario paga están formadas por dos partes: amortización del capital, por un lado, más intereses que se le cobran, por otro («*El leasing*», cit., p. 213).

⁴⁴ En opinión de GARCÍA GARNICA, se trataría de un contrato de financiación que se incluiría dentro de la más amplia categoría de los contratos de crédito, lo que no supone equipararlo al mutuo, pues la financiación en este caso se produce, no mediante la entrega de una suma

leasing cumpliendo una finalidad de garantía del crédito otorgado⁴⁵.

Además, se considera imposible una operación de *leasing* de dinero, toda vez que éste no es un bien identificable; en cuanto a los bienes consumibles, enunciado en el art. 1648 C.c., aun en el supuesto de poder ser identificados, tal identificación resulta irrelevante en la medida que en el mutuo, el mutuuario está facultado a restituir en equivalente, un *tantumdem*, es decir, otro tanto de la misma especie y calidad, en vez de los mismos bienes recibidos (art. 1648 C.c.). En el *leasing*, en cambio, sino se ejercita la opción de compra al término del plazo contractual, la empresa usuaria tendrá la obligación devolver el mismo bien, no otro.

En suma, concebir al *leasing* como un préstamo de dinero que hace la empresa de *leasing* a la usuaria no se acomoda a la realidad⁴⁶, pues si el *leasing* implica-se un préstamo de dinero no se comprende porque motivo la empresa usuaria no compra directamente el bien o bienes al

fabricante o suministrador, una vez que la empresa *leasing* le ha prestado el dinero. No sería necesario y lógico implicar a la empresa de *leasing* en la adquisición de bienes y, en efecto, complicar la operación, haciendo que la empresa de *leasing* se relacione con el fabricante o proveedor.

El Tribunal Supremo español, que había mostrado algunas vacilaciones, en su sentencia de 16 de mayo del 2000 deja establecida su posición sobre este tema. Señala que «lo que caracteriza al *leasing*, en su versión de arrendamiento financiero, es su constitución en función de un bien determinado. La razón ontológica de la figura jurídica que explica e integra su función económico-social, o práctica, es la necesidad de un objeto, y, además, según la Disposición Adicional 7ª, apartado uno, de la Ley 26/1988, su destino a una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado, el cual acepta dicha fórmula jurídica, porque precisa o desea dicha cosa y carece de soporte económico para

de dinero, sino en la puesta a disposición del usuario de un determinado bien (*El régimen jurídico del leasing*, cit., p. 151).

⁴⁵ La empresa de *leasing* no deviene propietaria del bien porque lo quiera revender, con o sin reserva de propiedad, sino porque quiere garantizarse la restitución del capital empleado para la adquisición del bien, esto es, del capital utilizado para financiar el uso del bien capital a la empresa usuaria. Vid. LUCCHINI, «La risoluzione del contratto», cit., p. 500.

⁴⁶ Un hecho importante que impide considerar al *leasing* como un contrato de préstamo es que falta en aquél una transferencia de dinero de la empresa de *leasing* a la usuaria, dice APICE, *Il contratto di leasing nelle procedure concorsuali*, Milano, 1991, p. 12. Si el *leasing* fuera un préstamo, la usuaria estaría obligada a restituir una cantidad que no ha recibido, agrega CORBO, *La autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990, p. 188.

adquirir su dominio, o por otras razones, reservándose la facultad de adquisición para un tiempo posterior mediante el mecanismo de la opción de compra. En cambio, lo que caracteriza el préstamo de dinero es la necesidad de éste, que además de cosa fungible, es consumible por naturaleza produciéndose en relación con el mismo una transmisión de dominio con la obligación de devolver el *tantumdem*, con precio o sin él. En el préstamo, por consiguiente, lo relevante o trascendente, la razón de ser del contrato, es recibir dinero; se financia la empresa, mientras que en el *leasing* se financia directamente la adquisición del objeto»⁴⁷.

Este criterio de distinción, correcto para el *leasing* en general, ha sido puesto en duda para el caso de *lease back*. En este contrato, dice un sector doctrinal, queda claro que lo que se quiere no es financiar la adquisición de un determinado bien, que la usuaria ya tiene, sino obtener dinero utilizando sus propios bienes, pero sin perder su disponibili-

dad, de manera que puedan seguir destinándolos a la actividad empresarial. El acercamiento de esta figura contractual al préstamo es evidente. se concluye⁴⁸. En nuestra opinión, los argumentos desarrollados por este sector no convencer, en principio, porque con el *leasing* lo que se pretende es financiar el uso, no la adquisición de un bien. Si la idea fuera financiar la adquisición del bien, ¿para qué se pierde tiempo incluyendo una opción de compra? Bastaría cumplir con los pagos establecidos en el contrato y listo. Esto vale también para el *lease back*, que es un subtipo de aquél⁴⁹. Es más, en un contrato de *lease back*, la propietaria/usuaria se desprende, realmente, de la titularidad de sus bienes para obtener liquidez; esto es, los vende a la empresa de *leasing*, no los entrega en garantía de un préstamo. Razonar en sentido contrario es pensar que el objeto social de las empresas de *leasing* es otorgar préstamos; lo que no es verdad. Su objeto es financiar el uso y eventual adquisición de bienes de capital.

⁴⁷ T.S. (Sala 1ª), sentencia de 16 de mayo de 2000, en *Actualidad Civil*, 2000, núm. 37, p. 2530. Un importante estudio de esta sentencia realiza ANDREU MARTÍNEZ, «Admisibilidad del *lease back* y prohibición de pacto comisorio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 16 de mayo de 2000, R.J. n. 5082», en *Revista de derecho privado*, Madrid, 2001, noviembre, p. 896 ss.

⁴⁸ Cfr. ANDREU MARTÍNEZ, «Admisibilidad del *lease back*», cit., p. 916. PARRA LUCÁN, entiende que se trata más bien de una operación de préstamo en la que la propiedad del bien se transmite como garantía («Comentario», cit., p. 835).

⁴⁹ Al respecto, vid. LUMINOSO, «El *leasing* financiero», cit., p. 663; RAGUSA MAGGIORE, *Scritti di diritto commerciale e fallimentare*, Padova, 1997, vol. II, p. 1309; LEYVA SAAVEDRA, «El *lease back*», cit., p. 36; MUNARI, «Leasing», cit., p. 693.

5.4. Teoría del contrato mixto

Sin alejarse del centro estructural del negocio, algunos autores han calificado al *leasing* como un contrato mixto, resultante de la fusión de varios esquemas negociales, a saber: compraventa, arrendamiento y opción de compra, dicen unos; mandato, compraventa, arrendamiento y venta eventual, opinan otros⁵⁰.

La doctrina y la jurisprudencia, como sabemos, no han logrado todavía una definición clara de contrato mixto. Sin pretender ingresar a la esencia misma del *negotium mixtum*, aunque sí mirando a la unidad del fin económico, podemos decir que es aquel contrato que se caracteriza por la fusión de elementos pertenecientes a tipos de contratos diferentes, los cuales no es posible separarlos, ni siquiera conceptualmente, por haber formado un *totum*. Si fuera posible su separación, no habrá contrato mixto, pues faltaría su presupuesto natural, esto es, la fusión o la síntesis de elementos que tipifican esta categoría de contrato⁵¹.

Respecto a los elementos que concurren para formar el contrato mixto, esto es, si de contratos típicos o de si éstos con atípicos, o de si éstos últimos solamente, la doctrina dista de ser pacífica. Para un sector, importante por cierto, sólo se puede hablar de contratos mixtos en el caso que se conjuguen, en un mismo negocio, prestaciones de dos o más negocios reconocidos por ley, queridos por sí mismos, según su función típica, y en relación de coordinación⁵². Para otros, con mejor fundamento, también conforman esta categoría aquellos que son el resultado de la fusión de elementos tanto de negocios típicos con atípicos, como de negocios atípicos solamente.

A este tipo de contratos, igualmente, le corresponde una causa mixta, aunque siempre unitaria, ya que ella resulta de la fusión de dos o más causas heterogéneas entre sí. Al contrato, sea éste típico o atípico, cabe subrayar, se le confiere unidad por su causa. Puede, en efecto, darse pluralidad de prestaciones *ex uno latere* o también *ex citroque latere*; pero, no darse contrato único con

⁵⁰ Cfr. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1980, p. 298; ROLIN, *El leasing*, Madrid, 1974, p. 88. El Tribunal Supremo español en sus sentencias de 18 de noviembre de 1981, 26 de junio de 1989 y 28 de mayo de 1990 habla de negocio mixto con causa única.

⁵¹ Según ROPPO, «il contratto misto è un contratto unico, con unica e inseparabile causa, nella quale peraltro si combinano elementi di tipi diversi: tanto che lo si definisce anche contratto a causa mista» (*Il contratto*, en IUDICA - ZATTI (dirs.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 427).

⁵² En este sentido, DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1996, vol. I, p. 254; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 396.

pluralidad de causas entre ellas autónomas, porque aquí estaríamos ya no ante un contrato, sino ante más contratos entre las mismas partes y, en consecuencia, frente a un «collegamento negoziale», que por supuesto tiene, precisamente, la pluralidad o, con mayor frecuencia, la dualidad de contratos⁵³.

5.5. Otras teorías

Además de las tesis citadas en los numerales precedentes, otras han tratado, a su estilo, de explicar la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*, aun cuando ellas no hayan alcanzado la trascendencia jurídica esperada. Pensamos, en primer lugar,

en aquella teoría que considera al *leasing* como una gestión de negocios; en segundo lugar, en la que, no encontrando solución a la naturaleza jurídica del *leasing* en los contratos típicos regulados en el ordenamiento jurídico, ni en la conjunción o combinación de los mismos, recurren a la categoría del contrato atípico⁵⁴; en tercer lugar, a las que ven en el *leasing* un contrato indirecto o fiduciario; en cuarto lugar, a la que reconduce al *leasing*, sin más, a las normas que regulan el usufructo de bienes; en quinto lugar, pensamos en la que encuentra el fundamento de la colaboración entre la empresa de *leasing* y la usuaria para la compra

⁵³ Para mayores precisiones sobre este tópico, vid. MESSINEO, «Contratto collegato», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, vol. X, p. 48; DI NANNI, «Collegamento negoziale e funzione complessa», en *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1977, n. 2, p. 317 ss.; FERRANDO, «I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative», en *Contratto e impresa*, Padova, 2000, n. 1, p. 133 ss.; ZUCCONI, «Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il *leasing* e altre storie», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2000, n. 4, p. 1091 ss. En cuanto a los contratos coligados, el Tribunal Supremo español, en su sentencia de 19 de julio de 1995, ha señalado que «en éstos están presentes, en todos y en cada uno de ellos, la dualidad de la presuposición causal; esto es, por un lado, la de carácter económico o presencia de la causa en la contraposición dineraria de la compraventa, y por otro, la finalidad o propósito del objetivo común societario; ambos, onerosidad y designio – se repite una vez más –, siempre se mantienen. Ello implica pues, sin más, que quepa perfectamente sostener la viabilidad de todo ese proceso de contratos coligados, y, en consecuencia, declarar así mismo la vigencia y autonomía de cada uno de los citados contratos». Vid. T.S. (Sala 1^ª), sentencia de 20 de diciembre de 2001, en *Actualidad civil*, Madrid, 2002, n. 10, p. 705; también en [http://www.lalev.net/ractual/r10c_j2002].

⁵⁴ Consideran que, aun cuando confluyan en él, no se está en presencia de una suma ni de una superposición de contratos, a saber, de mutuo, venta, arrendamiento más opción de compra, sino ante un contrato atípico que tiene causa única, objeto y rasgos característicos propios. Vid. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 22; MANZANO, «Sobre la naturaleza jurídica», cit., p. 1813; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., p. 153.

del bien, en la existencia de un contrato de sociedad, es decir, en una sociedad constituida especialmente para la explotación de un bien de capital, en la cual la empresa de *leasing* participaría como socia capitalista y la usuaria como socia industrial. Por último, en aquella que considera a este instituto financiero como un simple «collegamento o conexión de negocios», resultado de un cúmulo o añadido de contratos, diferenciados entre sí, y simplemente con un denominador común: estar incluido o contenido en un solo documento.

6. Nota conclusiva

De entrada un par de consideraciones: primera, el *leasing* es un contrato que nace y se desarrolla con una finalidad diferente a la que ha animado a las instituciones negociales enunciadas en sede configurativa⁵⁵, es decir, es un típico contrato de financiación, pensado y estructurado para brindar a las empresas un canal de financiamiento alternativo o complementario a los tradicionales; segunda, el *leasing* es un contrato que tie-

ne prestaciones que conceden uso, pero que se alejan del arrendamiento; prestaciones de adquisición preferente, pero que, igualmente, se distancian de la opción típica; y una compra efectuada por la empresa de *leasing*, siguiendo las instrucciones e indicaciones técnicas de la usuaria, que debemos desligar del contrato de *leasing* propiamente dicho, pero al que, para mantener a la empresa de *leasing* en el plano estrictamente financiero, remitimos a la usuaria cuando tiene problemas con el bien que el no seleccionó.

Formuladas estas consideraciones, descendemos a decir que el contrato de *leasing* responde a una serie de notas esenciales o rasgos típicos de los que hay que partir para intentar «configurar» su naturaleza jurídica, a saber:

- a) El *leasing* es un contrato *sui generis*; por ende, no encuadrable en ninguno de los tipos negociales que deben su origen al derecho romano.
- b) El *leasing* es un contrato complejo⁵⁶; es decir, está conformado por una

⁵⁵ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 116; VARA DE PAZ, «Naturaleza y régimen jurídico», cit., p. 198. Como bien apunta BARREIRA, las posturas clásicas que ubican al *leasing* dentro del marco legal de las instituciones tradicionales, como el arrendamiento o la compraventa con reserva de propiedad, proceden de esta manera por no haber indagado la verdadera naturaleza jurídica del *leasing*. Este contrato tiene un nuevo contorno jurídico, diferente de los contratos clásicos, aunque el legislador por inacción, negligencia o prudencia no lo haya recogido todavía en sus normas respetando su ontología («Categorización jurídica», cit., p. 570).

⁵⁶ La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en su sentencia de casación n. 3584/00 Lima, publicada el 31 de julio de 2001, señala que el arrendamiento financiero es «un contrato

pluralidad de prestaciones que constituyen su esencia. Esta complejidad hay que entenderla en el sentido que el *leasing*, en su constitución y ejecución, muestra elementos, aspectos o prestaciones de las partes que, superficialmente, se encuentran en otros institutos contractuales típicos: arrendamiento, compraventa, préstamo, opción de compra, etc. Aun cuando se configure con elementos de tales contratos, el *leasing* se diferencia claramente de todos ellos.

- c) El *leasing* es, igualmente, un contrato unitario con causa única. La calificación de complejo que hicimos al *leasing* no es óbice para calificarlo también de unitario, pues aquella

complejidad lo es sólo de orden morfológico, ya que, desde el punto de vista funcional, éste responde a una unidad causal, la cual va más lejos que las causas particulares de aquellos negocios o prestaciones aisladas⁵⁷. La causa del *leasing* no es otra que la de financiamiento⁵⁸, que se muestra tanto en la etapa de perfección como en la de ejecución del contrato.

En suma, el *leasing* es un contrato *sui generis*, unitario y complejo, que muestra una peculiar fusión de los elementos que conforman su contenido jurídico, lo cual hace imposible mantener su finalidad si ellos pudieran escindirse.

complejo y autónomo por el cual la empresa locadora se obliga a adquirir el bien requerido por la arrendataria y le concede su uso – a cambio de una cuota periódica – por un lapso determinado...». Esta afirmación, como puede verse adolece de los mismos defectos terminológicos de la definición contenida en el art. 1 LAF, que habla de locadora (empresa de *leasing*) y de arrendataria (usuaria). Es más, los magistrados no explican porqué el *leasing* es un contrato complejo.

⁵⁷ El contrato complejo, ha dicho el Tribunal Supremo español, tiene un objeto integrado por una bilateral pluralidad de prestaciones diversas concatenadas para constituir una unitaria finalidad obligacional a consumir mediante actuaciones recíprocas y compensatorias entre sí desde el revestimiento unitario que les proporciona un contrato complejo con un contenido que no cabe desmembrar porque sus diversos integrantes se condicionan entre sí en un equilibrio que, desnaturalizándole así su genuina causa contractual, se rompería para llevar a figuras contractuales que disociadas no son los que movieron a las partes a prestar su consentimiento creador como dispone el art. 1254 C.c. (Sentencia de 20 de diciembre de 2001, cit., p. 705).

⁵⁸ Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., p. 118; Id., *Contratos de financiamiento*, cit., p. 143; LUMINOSO, «El *leasing* financiero», cit., p. 712; BARREIRA, «Categorización jurídica», cit., p. 564; VARA DE PAZ, «Naturaleza y régimen jurídico», cit., p. 199; MUNARI, «*Leasing*», cit., 669.

* Catedrático de Derecho Mercantil - UNMSM