

EL LEASING Y SU CONFIGURACIÓN JURÍDICA

*José Leyva Saavedra**

RESUMEN

Con este trabajo pretendemos recorrer el difícil pero atractivo camino de la configuración jurídica del *leasing*; 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.

Palabras clave: *leasing*; pequeñas y medianas empresas.

ABSTRACT

This work paper your is the study of contract of leasing, in specially the configuration in business law, because your nature designed diverse problems in the literature and the jurisprudence.

Key words: leasing; small business.

Fecha de recepción: 21 de noviembre de 2003

SUMARIO

1. NOTA INTRODUCTORIA
2. APUNTES HISTÓRICOS DEL *LEASING*

* Profesor de derecho mercantil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor invitado de derecho mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Presidente de Unilaw Institute leyva@peru.com.

3. ETIMOLOGÍA Y DENOMINACIÓN
4. DEFINICIÓN DE *LEASING*
5. CARACTERES DEL *LEASING*
6. SUBTIPOS DE *LEASING*
 - 6.1. Por su finalidad
 - 6.2. Por la naturaleza del bien
 - 6.3. Por su promoción
 - 6.4. Subtipos especiales
7. NATURALEZA JURÍDICA DEL *LEASING*
 - 7.1. Teoría del arrendamiento
 - 7.2. Teoría de la compraventa
 - 7.3. Teoría del préstamo
 - 7.4. Teoría del contrato mixto
 - 7.5. Otras teorías
8. NOTA CONCLUSIVA

BIBLIOGRAFÍA

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 atípicos², que han convertido, en poco tiempo, a la aldea contractual regional en

1 Véase GALGANO, “*La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*”, en *Contratto e impresa*, Padova, 2000, n° 2, pág. 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 sólo 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 propeties*. 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, pág. 196.

2 Habitualmente, los operadores económicos eligen o crean, para la satisfacción de sus necesidades emergentes, nuevas formas y nuevas técnicas contractuales; bien, lo hacen sobre la base de un determinado tipo que la ley considera en términos unitarios, desarrollando un trabajo de especificación que lleva a la individualización de subtipos, los cuales al poco tiempo adquieren tipicidad propia; o bien crean un nuevo tipo, como el contrato de *securitization*, por ejemplo, que es un fino producto de la ingeniería financiera. Estos contratos, atendiendo

una aldea contractual global, en la que los contratos transitan encapsulados; esto es, con su propia parte general y especial.

De ese valioso paquete de modelos negociales atípicos³, 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 país⁴.

No obstante esta reconocida popularidad, algunos tópicos todavía siguen despertando el interés de los hombres de derecho, bien porque siguen en construcción (como la configuración jurídica del *leasing*) o porque siguen mostrándose controvertidos (como las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad de la empresa concedente). En esta oportunidad 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 internacional⁵.

2. APUNTES HISTÓRICOS DEL LEASING

El *leasing* es una de las más elocuentes manifestaciones del cambio que se ha venido operando en las costumbres del sector empresarial, particularmente con

a su utilidad y popularidad, dejan su ropaje de tipos sociales para convertirse en tipos legales; es decir, en tipos con regulación propia dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Al respecto, véase DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pág. 6 sigs.; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, pág. 3 sigs.; RESCIGNO, “*Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*”, en *Contratto e impresa*, Padova, 1990, n° 1, pág. 42 sigs.; LEYVA SAAVEDRA, *Factoring*, en *Tratado de derecho privado*, Lima, 2001, vol. III, pág. 110.

- 3 De manera indicativa, podemos recordar aquí algunos de dichos contratos: *factoring*, *franchising*, *merchandising*, *sponsoring*, *joint venture*, *know how*, *trading*, *securitization*, *swap*, etc. Véase FRIGNANI, *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising*, Torino, 1991, pág. 6 sigs.; NAPOLILLO (COORD.), *I nuovi contratti*, en CASSANO (COORD.), *Nuove voci del diritto*, Piacenza, 2002, pág. 87 sigs.
- 4 Cfr. ILLESCAS, “Prólogo”, en LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, en *Tratado de derecho*, cit., 1998, vol. I, pág. XIII.
- 5 La operación asegura a las empresas usuarias nuevos medios para incentivar pronto la innovación tecnológica y permite, además, la construcción o renovación de las instalaciones de la empresa. Se trata, pues, de una

relación a la manera de decidir sus inversiones en bienes de capital; por lo que, con cierta frecuencia, se le presente ante y sobre todo como una nueva modalidad contractual o técnica de financiamiento de la empresa⁶. A pesar de ello, un sector doctrinario ha cuestionado la novedad del concepto del *leasing*, considerando que la novedad radica simplemente en el perfeccionamiento y sofisticación que han acompañado al contrato⁷.

Entre los especialistas que han tratado la parte histórica del *leasing* hay consenso en cuanto que este contrato tiene sus antecedentes en la antigüedad; pero, tal consenso desaparece cuando se trata de precisar el lugar y la época de su origen, dando lugar a la aparición de diversas tesis. Algunos autores creen encontrar el origen entre los sumerios hace 5.000 a.C., en tanto que otros en el Código de Hammurabi o entre los egipcios.

Las primeras operaciones de *leasing*, en los tiempos modernos, fueron llevadas a cabo por las empresas explotadoras de los grandes ferrocarriles americanos. Éstas, ante la carencia de capitales para la adquisición de locomotoras, vagones u otros equipos, echaron mano al *leasing* como última alternativa, lo que les permitió la construcción de casi toda la red ferroviaria de los Estados Unidos, en tiempos de ROCKEFELLER, MORGAN y MELCON. La empresa americana de telecomunicaciones Bell Telephon System, en épocas más recientes, decidió operar con éxito bajo este sistema, es decir, arrendando sus teléfonos en lugar de venderlos. El ejemplo fue seguido, años después, por otras grandes empresas, a saber, la International Business Machines, la International Cygar Machinery y la United Schoe Machinery Corporation.

La primera aplicación del *lease* con fines financieros, recuerda GIOVANOLI, recién se llevó a cabo en 1936, fecha en la que la cadena de supermercados de California celebró un contrato de *sale and lease back* con una empresa bancaria. Por entonces, igualmente, en Ohio una empresa almacenera vendió el inmueble en el cual operaba a una empresa bancaria, que intervino a título de *trustee*, es decir, por cuenta de

técnica integradora y multiplicadora de las tradicionales fuentes de financiamiento para la dotación de capital a las empresas, concluye FOSSATI, *Il leasing*, Milano, 1987, pág. 110.

- 6 Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 7; Id., "Contratos de financiamiento", en *Universitas*, Bogotá D.C., 2001, n° 102, pág. 385; VISALLI, "La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 2000, n° 5, pág. 648. Fácil resulta apreciar que el *leasing* interpreta una necesidad corriente y que permite contar, bajo un sistema de erogaciones periódicas, con bienes y equipos que se requieren para un mejor desenvolvimiento y más rápido progreso económico. Asimismo, configura una alternativa más de financiación para tomar decisiones de inversión, posibilitando mayor agilidad en la obtención de los bienes necesarios para el equipamiento y crecimiento de las empresas, escribe BARREIRA, "Categorización jurídica del leasing", en GERSCOVICH (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*, Buenos Aires, 1999, pág. 546.
- 7 Véase Ross, "Espejismos sobre el leasing", en *Revista Mundo*, Madrid, 1973, n° 1707, pág. 22.

unos inversionistas privados. A continuación, el *trustee* entregó el inmueble en *lease* a la empresa usuaria, que fue la vendedora, por un plazo de 99 años acompañada de una opción de compra. Esta técnica, inspirada en los procedimientos de financiación de bienes ferroviarios, practicada desde 1880 con el nombre de “Equipment trust agreements” o “Philadelphia plan”, alcanzó pronto gran auge en el Estado de Ohio como consecuencia de las elevadas tasas de impuestos para la constitución de hipotecas⁸.

En nuestra opinión, el punto de partida del *leasing*, tal como se estudia y practica en la actualidad, es decir, como un contrato de financiamiento en el que participan tres sujetos, habitualmente empresas, es el año de 1952, fecha en la que DYAS POWER BOOTHE Jr., luego de advertir el prometedor futuro de esta figura contractual, fundó en San Francisco la United States Leasing Corporation con un capital de US\$20.000⁹.

3. 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 locación. En el ámbito económico, no obstante, 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 negocio¹⁰.

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

8 *Le crédit-bail (leasing) en Europe: developement et nature juridique*, Paris, 1980, pág. 77.

9 Relata la historia que al finalizar la guerra de Corea en 1952, D.P BOOTHE Jr. era director de una pequeña fábrica de productos alimenticios en California. Al tener que atender un gran pedido de productos a la Marina de los Estados Unidos de Norteamérica, concibió la idea de arrendar los equipos necesarios para cumplir con dicho contrato. Al conseguir un resultado satisfactorio, pasó a crear la “United States Leasing Corporation”, empresa ésta que tenía como única actividad el *leasing*. Véase RICO PÉREZ, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra*, Madrid, 1974, pág. 27; VIDAL BLANCO, *El leasing, una innovación en la técnica de la financiación*, Madrid, 1977, pág. 36; LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 14; VILLAR URIBARRI, *Régimen jurídico del leasing*, Madrid, 1993, pág. 35.

10 Cfr. BUONOCORE, “La locación financiera en el ordenamiento italiano”, en AA.VV., *El leasing*, Buenos Aires, 1990, pág. 15; MARTORELL, *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires, 1993, vol. I, pág. 353; FARINA, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, 1997, pág. 499.

referirse a este tipo de contratos. Así, la Ley francesa 66/645, del 2 de julio de 1966, actualizada por la Ordenanza 67/837, del 27 de septiembre de 1967, utiliza la denominación de *crédit-bail*; la Ley belga 55, del 10 de noviembre de 1967 adopta la expresión *location-financement*.

El vocablo *leasing*, en Italia, se ha traducido 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 918, del 30 de agosto de 1968, que contenía diversas medidas dirigidas a estimular las inversiones¹¹. 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 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, del 25 de febrero de 1977, sobre medidas fiscales, financieras y de inversión pública; el Real decreto 1669/80, del 31 de julio de 1980, sobre Empresas de arrendamiento financiero y arrendamiento financiero de inmuebles; la Ley 26/1988, del 29 de julio de 1988, sobre disciplina e intervención en las entidades de crédito; la Ley 3/1994, del 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 redactores del Code Civil de Québec de 1991, no convencidos de la utilidad de adoptar el término inglés *leasing*, como recomienda la mejor doctrina, se han inclinado por la denominación francesa de *crédit-bail* para referirse a estos contratos de financiamiento.

11 El término “*locazione finanziaria*” recibió mejor tratamiento en la Legge 1089, del 25 de octubre de 1968, que modificó el decreto legge 918, del 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. Véase FERRARINI, “*La locazione finanziaria*”, en RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, vol. 11, t. III, pág. 7; BUONOCORE, “*Il contratto di leasing*”, en BUONOCORE – LUMINOSO (dirs.), *Contratti d’impresa*, Milano, 1993, t. 2, pág. 1461 sigs.; CLARIZIA, *I contratti nuovi. Factoring e locazione finanziaria*, en BESSONE (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, vol. XV, pág. 75 sigs.

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 6099/1974, del 13 de septiembre de 1974, modificada por la Ley 7132/1983, 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 2309 del 28 de agosto de 1996, del Banco Central. Argentina, a su turno, por medio de la Ley 18061 de entidades financieras, del 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 21526, la cual fue abandonada por la Ley 24441, publicada el 16 de enero de 1995, que adopta la de *leasing*. La Ley 25248, publicada el 14 de junio de 2000, igualmente se refiere a este contrato con la denominación *leasing*¹².

El Código Civil peruano, apoyado en la tendencia iniciada por el decreto ley 22738, del 23 de octubre de 1979, seguida por el decreto leg. 212, del 12 de junio de 1981 y adoptada también por el decreto leg. 299 (Ley de Arrendamiento Financiero —LAF—), del 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, por ejemplo, de la Ley General del Sistema Financiero (LGSF), arts. 16, 210, 221.35, 223.4, 290.u, sigs.; y del decreto leg. 915, del 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.

Apoyados en la mejor doctrina comparada, nos permitimos decir que la denominación arrendamiento financiero es una traducción inexacta e incompleta

12 Atendiendo al requerimiento de la doctrina mayoritaria, el legislador argentino adoptó el nombre correcto de este contrato, que no es otro que el de *leasing*. La doctrina, no obstante, mostrarse conforme con la denominación, criticaba que la regulación de este contrato se haya introducido en una ley omnibus, titulada “Financiamiento de la vivienda y de la construcción”, como si su objetivo fundamental fuese el *leasing* inmobiliario. Estas críticas tuvieron eco, ya que se elaboró una ley especial para este contrato: la Ley 25248. Véase FRESNEDA - FRUSTAGLI - HERNÁNDEZ, “Consideraciones en torno a la nueva ley de *leasing*”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2001-C, Sección doctrina, pág. 1156 y sigs.

del término inglés *leasing*; de allí que, como se ha dicho, ella resulte inaceptable para la técnica jurídica¹³. Por ende, mientras no se logre una adecuada formulación de este tipo contractual, es decir, en tanto no se deleve 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 dudosa¹⁴, 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 imprime¹⁵.

4. DEFINICIÓN DE LEASING

No obstante haberse advertido que el *leasing* es uno de los institutos contractuales de difícil o imposible definición¹⁶, la mayoría de autores han intentado definirlo, como veremos seguidamente.

Según AMORÓS, se considera al *leasing* como un contrato por el que una de las partes —empresa de *leasing*— se obliga a adquirir de un tercero determinados bienes que la otra parte ha elegido previamente, contra el pago de un precio mutuamente convenido, para su uso y disfrute durante cierto tiempo, que generalmente coincide con la vida útil y fiscal del bien, y durante el cual el contrato

13 Cfr. AMORÓS, “El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 1995, n° 579, pág. 874.

14 Esta recomendación, publicitada desde nuestro primer trabajo allá por el año de 1992, ha sido formulada por reconocidos autores para sus respectivos países. Véase, por ejemplo, RICO PÉREZ, *Uso y disfrute de bienes*, cit., pág. 19; VIDAL BLANCO, *El leasing*, cit., pág. 48; CASELLI, “Leasing”, en *Contratto e impresa*, Padova, 1985, n° 1, págs. 213 sigs.; KEMELMAJER, “Aproximación al contrato de *leasing* inmobiliario”, en *Homenaje a Raymundo Fernández*, Buenos Aires, 1995, pág. 464; FARINA, *Contratos comerciales*, cit., pág. 500; MARTORELL, *Tratado de los contratos*, cit., pág. 354; BUITRAGO RUBIRA, *El leasing mobiliario y su jurisprudencia*, Navarra, 1998, pág. 23 y sigs.; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “El contrato de *leasing*”, en CALVO CARAVACA - FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, 1999, pág. 933; GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Navarra, 2001, pág. 25 y sigs.

15 “Reflexiones en torno al *leasing*”, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 1970, n° 118, pág. 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 se sabe, en inglés una palabra puede tener muchas acepciones y son muy frecuentes los giros idiomáticos.

16 Así, ROJO AJURIA, *Leasing mobiliario*, Madrid, 1987, pág. 23. 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 CABANILLAS, “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, pág. 963.

es irrevocable, siendo todos los gastos y riesgos por cuenta del usuario, quien, al finalizar dicho período, podrá optar por la devolución de los bienes, concertar un nuevo contrato o adquirir los bienes por el valor residual preestablecido¹⁷.

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, del 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, señala:

“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”¹⁸.

17 “El *leasing* inmobiliario”, cit., pág. 865. En opinión de VIDAL BLANCO, el *leasing* es un contrato mercantil en virtud del cual un empresario, cumpliendo instrucciones expresas del presunto arrendatario, compra en nombre propio determinados bienes muebles o inmuebles para que, como propietario arrendador, los alquile al mencionado arrendatario para que éste los utilice por un periodo determinado a cuyo término tendrá la opción de adquirir la totalidad o parte de esos bienes (*El leasing*, cit., pág. 56).

18 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, pág. 37; GUTIÉRREZ GILSANZ, *Defensa del usuario en el leasing financiero*, Madrid, 2003, pág. 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

El Code Civil de Québec, en el art. 1842, expresa:

*“Le crédit-bail est le contrat par lequel une personne, le crédit-bailleur, met un meuble à la disposition d’une autre personne, le crédit-preneur, pendant une période de temps déterminée et moyennant une contrepartie.
Le bien qui fait l’objet du crédit-bail est acquis d’un tiers par le crédit-bailleur, à la demande du crédit-preneur et conformément aux instructions de ce dernier.
Le crédit-bail ne peut être consenti qu’à des fins d’entreprise”.*

A su turno, la Ley argentina 25248, en el art. 1, señala:

“En el contrato de *leasing* el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon y le confiere la opción de compra por un precio”.

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 bien.

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 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 profesional¹⁹; en segundo lugar, individualiza

Ley 1/2000 ha introducido en la ley de venta de bienes muebles a plazos”, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 2001, n° 239, pág. 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 2671988, esto supone, en efecto, que la definición contenida en ella queda como referente en el derecho español.

19 Debemos señalar que para un sector minoritario de la doctrina 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

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, *softwars*, 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 usuaria 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.

5. CARACTERES DEL LEASING

Entre los caracteres más importantes del contrato de *leasing* podemos señalar los siguientes:

- a. *Típico*. En la mayoría de países, el *leasing* es un contrato atípico, esto es, no cuenta con regulación propia (Alemania, España e Italia, por ejemplo); en pocos es un contrato típico, toda vez que tiene normativa especial. Es el caso de Francia (Ley 66/645), Bélgica (Ley 55/1967), Argentina (Ley 25248), Panamá (Ley 7/1990), Perú (decreto leg. 299, reglamentado por el D.S. 559/84/EFC, de 28/12/1984), Uruguay (Ley 16072), etc.
- b. *Principal*. Ya que tiene vida propia, independiente, lógica y jurídicamente de cualquier otro contrato que participe en la estructura negocial. Por ende, los contratos de compraventa, seguro, transporte y otros que se estipulan en una ordinaria operación de *leasing*, a pesar de tener la calidad de principales en sus respectivas sedes, aquí tienen la calidad de accesorios. En suma, la ineficacia de alguno de ellos no afecta al contrato de *leasing*, en cambio, sí les afecta la ineficacia del *leasing*.

de los bienes. Nosotros no compartimos esa tesis. Pensamos, por el contrario, que el *leasing* es un contrato bilateral, esto es, un contrato concluido 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 contractual. Véase LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 60; Id., "Contratos de financiamiento", cit., pág. 389; GIOVANOLI, *Le crédit-bail*, cit., pág. 28.

- c) *¿Consensual?* Esta característica viene reconocida por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia comparada²⁰, y por algunas legislaciones, como la panameña Ley 7/1990, que señala:

“el contrato de arrendamiento financiero será consensual, sin embargo, para efectos de probatorios, deberá constar por escrito y ser autenticado ante notario público de la República de Panamá”

(art. 3). La legislación peruana no tiene una norma como la citada; pero no es necesaria, pues el art. 8 LAF al prescribir que

“el contrato de arrendamiento financiero se celebrará mediante escritura pública...”,

da la pauta para señalar que tal exigencia se debe entender sólo como una formalidad *ad probationem*, en razón que ella no se requiere para otorgar relevancia jurídica a la voluntad contractual, pues el negocio es eficaz cualquiera sea la forma de exteriorización, sino al solo efecto de hacer posible la prueba de la existencia del contrato o de su contenido²¹.

- d. *Oneroso*. El *leasing* es otro de los contratos onerosos más representativos; su onerosidad es *per se* evidente, pues las ventajas que procuran cada una de las partes contratantes no le serán concedidas sino por la prestación que cada una haga o se obligue hacer en favor de la otra.
- e. *Conmutativo*. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se impone la calificación del *leasing* como contrato conmutativo, y ello porque en el acto mismo de estipulación de este negocio, cada una de las partes, es decir, la empresa de *leasing* y la usuaria, realizan la valoración del sacrificio y la ventaja que le significa su celebración. De allí que, con razón, se diga que cada parte

20 Cfr. ARRUBLA, *Contratos mercantiles*, Bogotá, 1992, t. II, pág. 120; BUONOCORE, “Leasing”, en *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1983, vol. IV, Appendice, pág. 804; MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, 1997, pág. 417; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing financiero*, cit., pág. 185. Desde sus primeras resoluciones los tribunales de apelación italianos han destacado la consensualidad del *leasing*. Así, por ejemplo, Tribunale di Firenze, sentenza 27 maggio 1981, entre Gel Pavia s.n.c. y Sociedad Centro Leasing; Tribunale di Torino, sentenza 15 gennaio 1983, entre Calzatura Astor s.a.s. y Sava Leasing s.p.a. Véase BUONOCORE, “*Il contratto di leasing*”, cit., pág. 1483.

21 Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 154. La sentencia de Casación de la Corte Suprema peruana no 2565-98, publicada el 15 de junio de 1999, se pronuncia en este sentido, pues señala que si bien la ley dispone que el contrato de arrendamiento financiero se celebrará por escritura pública, su inobservancia no se encuentra sancionada con nulidad, por tanto ésta es *ad probationem*; es decir, que si no se cumple con ser elevada a escritura pública, esto no lo hace inválido, pudiéndose admitir pruebas supletorias en defecto de la mencionada formalidad para acreditar la existencia del contrato.

contratante conoce, con la debida anticipación, cuál es la importancia económica y el efecto jurídico que el contrato de *leasing* reviste para ella.

- f. *De duración.* La doctrina muestra conformidad en cuanto a que el *leasing* es un contrato de duración porque las prestaciones, tanto de la empresa concedente como de la usuaria se van ejecutando en el tiempo, durante un lapso prolongado²². El dilatar la ejecución de las prestaciones en el tiempo es presupuesto fundamental para que este contrato produzca los efectos queridos por ambas partes y satisfaga, a su vez, las necesidades que los indujo a contratar. El *leasing* es, por ende, un contrato de duración determinada, cuya prestación de la empresa concedente es continuada y la contraprestación de la usuaria es periódica.
- g. *De prestaciones recíprocas.* Esta característica la podemos observar en el *leasing* de forma inmediata, ya que la empresa dadora es acreedora de los cánones e, inversamente, deudora de los bienes, sean éstos muebles o inmuebles; en tanto que la usuaria es acreedora de los bienes y deudora de los cánones. En efecto, a este contrato le son aplicables las normas contenidas en el Código Civil peruano, Título VI, de la Sección Primera, del Libro VII.
- h. *De empresa.* Tanto la doctrina como la propia LAF reconocen que el *leasing* integra la gran familia de los llamados “contratos de empresa”²³. Por ejemplo, el art. 2 LAF prescribe:

“Cuando la locadora esté domiciliada en el país deberá necesariamente ser una empresa bancaria, financiera o cualquier otra empresa autorizada por la SBS...”.

Como se observa, para la ley, al menos expresamente, una de las partes es una empresa: la empresa de *leasing*; pero, nosotros sabemos que uno de los rasgos

22 Aunque hay que señalar que la doctrina, habitualmente, considera que el *leasing* es un contrato de tracto sucesivo. En este sentido, ARRUBLA, *Contratos mercantiles*, cit., pág. 121; MORILLAS, “Algunos aspectos del *leasing* de aeronaves en España”, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 1993, n° 208, pág. 493; MARTORELL, *Tratado de los contratos*, cit., pág. 463; MARZORATI, *Derecho de los negocios*, cit., pág. 417. Un buen número de sentencias italianas de mérito, no de casación, califica al *leasing* como un contrato de ejecución continuada o periódica. Véase BUONOCORE, “*Il contratto di leasing*”, cit., pág. 1477.

23 Así, GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1987, pág. 527; BENAVIDES DEL REY, “Inscripción en los registros de la propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de los bienes inmuebles regulados en el Real decreto de 31 de julio de 1980”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 1983, n° 568, pág. 1185 sigs.; BONEO - BARREIRA, *Contratos bancarios modernos*, Buenos Aires, 1984, pág. 94; LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 169; RIVA, “*Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio*”, en *Contratto e impresa*, Padova, 2001, n° 1, pág. 302. El *leasing* es un contrato mercantil dicen, entre otros, LAVALLE - PINTO, *Leasing mobiliario*, Buenos Aires, 1982, pág. 83; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., pág. 161; MONTROYA ALBERTI, “El contrato de *leasing*”, en HUAYANAY (comp.), *Contratos*, Lima, 2002, t. 2, pág. 409.

típicos, sino su finalidad primaria de éste es la de ser un contrato de financiación de la empresa, es decir, de aquella que produce bienes o servicios para el mercado. Según esto, pues, debemos reconocer que, habitualmente, son dos empresas las que intervienen en un contrato de *leasing* como partes contratantes: la empresa de *leasing*, de un lado, y la empresa usuaria, del otro.

- i. *A cláusulas generales.* A diferencia de un buen sector de la doctrina, que lo considera como un contrato por adhesión²⁴, consideramos que el *leasing* es un negocio celebrado a través de cláusulas generales, es decir, mediante cláusulas que abarcan solamente determinadas partes del contrato, de allí el calificativo de generales, dejando a las partes contratantes en libertad de negociar las otras cláusulas especiales o típicas del contrato en particular. Esto lo observamos cotidianamente, por ejemplo, cuando las partes contratantes negocian el monto de los cánones y los intereses a pagar por el financiamiento de la operación, o el monto de las pólizas de seguro de los bienes. Si fuera el *leasing* un contrato celebrado por adhesión, las cláusulas que conforman el contenido contractual no admitirían discusión alguna, es decir, se impondrían sin más a la otra parte contratante. Esto, sin embargo, no sucede en el caso del *leasing*.
- j. *De financiamiento.* Atendiendo a la función que cumple en el mercado empresarial, creemos que *leasing* es un auténtico contrato de financiamiento²⁵, antes que un negocio de crédito, ya que aquella noción, sin coincidir con la de crédito, se alimenta de ella. La financiación es, pues, una relación ordinaria de crédito, aunque con características propias: comparta siempre entrega de fondos²⁶. El financiamiento, subraya CLARIZIA, no se tendría sólo en los contratos

“con utilización obligada de los medios financieros aportados por una parte, sino también cuando el financiador transfiere la utilidad de un bien, con la obligación de la otra parte, en uno o más términos futuros, de restituir el *tantundem*”²⁷.

24 Véase ARRUBLA, *Contratos mercantiles*, cit., pág. 121; MARZORATI, *Derecho de los negocios*, cit., pág. 417; LORENZETTI, *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales*, Lima, 2002, pág. 188.

25 Cfr. LEYVA SAAVEDRA, “Contratos de financiamiento”, cit., pág. 392; ALFARO, “Leasing”, en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, vol. II, pág. 3917; BARREIRA, “Categorización jurídica”, cit., pág. 553; MARZORATI, *Derecho de los negocios*, cit., pág. 418; VISSALI, “La problemática del *leasing*”, cit., pág. 648.

26 Cfr. FRAGALI, “*Finanziamento (diritto privato)*”, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, vol. XVII, pág. 605; LEYVA SAAVEDRA, *Factoring*, cit., pág. 137. En los contratos de financiación (o de dinero) en sentido amplio, un sujeto entrega dinero a otro que se obliga a su restitución, con o sin pago de intereses, explica VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, Valencia, 2001, pág. 855.

27 *I contratti nuovi*, cit., pág. 184. ZENO ZENCOVICH, por su parte, encuentra extremadamente lata esta noción de financiamiento, pues termina por empañar las diferencias con el cambio y el goce, y la constriñe a utilizar como criterio discrecional la nueva calificación del sujeto financiador y su interposición en una operación económica (“*Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni dei contratti di leasing*”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1985, n° 5-8, pág. 311).

Resulta comprensible, por ende, el parentesco entre el *leasing* y los contratos de crédito desde el punto de vista funcional, siendo común tanto el presupuesto económico como la puesta a disposición para el disfrute de un bien, pero con marcadas diferencias en cuanto a la forma de actuación, lo cual le hace adquirir rasgos propios, que difieren de los de ellos.

6. 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.

6.1. 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”²⁸. Veamos cada una de ellas.

- a. *Leasing* operativo. Este contrato, que en opinión de unos constituye la forma primitiva del *leasing* financiero²⁹, 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 arrendataria, a cambio de una renta periódica como contraprestación. Por lo general, estos

28 Esta clasificación empieza su andadura con las sentencias de Cassazione del 13 de diciembre de 1989, emitidas con los números 5569 al 5574. Véase BUSSANI, “Leasing”, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1992, n° 6, pág. 778 sigs.; CORSO, “*Il doppio binario della cassazione*”, en *Responsabilità civile e provvidenza*, Milano, 1993, vol. LVII, n° 1, pág. 114 sigs.; 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 provvidenza*, Milano, 1994, vol. LIX, n° 2, pág. 184 sigs.; DE NOVA, *Nuovi contratti*, en *Il diritto attuale*, Torino, 1990, vol. 10, pág. 206 sigs.; ID., “*Il contratto di leasing: un tipo o più tipi?*”, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, Padova, 1994, n° 4, pág. 579 sigs.; LUCCHINI, “*La risoluzione del contratto del leasing finanziario*”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1991, n° 2, pág. 494 sigs.

29 Son de este parecer. FOSSATI, *Il leasing*, cit., pág. 3 sigs.; 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, pág. 1049.

contratos vienen acompañados de una serie de servicios, como mantenimiento, reparación, asistencia técnica, etc.

En este lugar, cabe hacernos una pregunta: ¿el *leasing* operativo es un subtipo de *leasing*? Creemos que no; en principio, porque el llamado *leasing* operativo es un contrato que nace y se desarrolla con una finalidad diferente a la que anima al *leasing*. Esto nos lleva a concluir que el *leasing* operativo no es más que un simple contrato de arrendamiento³⁰, al que recurren aquellas empresas que no quieren soportar los riesgos de la propiedad de los bienes. En consecuencia, las normas del contrato de arrendamiento contenidas en los códigos civiles (español, arts. 1542 sigs.; italiano, 1571 sigs.; peruano, arts. 1666 sigs.) le son perfectamente aplicables.

- b. *Leasing* financiero. Esta institución contractual, hoy en día, es el máximo exponente del clásico contrato de *leasing*, pues él traduce con eufonía 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, “*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.

Entre las líneas maestras de este contrato, especial mención tiene aquella denominada como la regla de oro del *leasing*: “*pay as you earn*”, esto es, “pague a medida que gane”. Esto equivale a decir que el bien dado en *leasing* poco a poco va autofinanciándose, pues los cánones periódicos pactados como contraprestación se pagan con los ingresos que genera el uso del bien.

30 Así piensan también FERRARINI, “*Locazione finanziaria*”, cit., pág. 7; BARENGHI, “*Osservazione in tema di leasing*”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1985, n° 1-4, pág. 158; DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., pág. 194; AMORÓS, “El *leasing* inmobiliario”, cit., pág. 867; ROJO AJURIA, *Leasing mobiliario*, cit., pág. 26 sigs.; LAVALLE - PINTO, *Leasing*, cit., pág. 14; MARTÍN OVIEDO, “Naturaleza y régimen jurídico”, cit., pág. 1050; ALFARO, “*Leasing*”, cit., pág. 3916; BARREIRA, “Categorización jurídica”, cit., pág. 551; FERNÁNDEZ, “El *leasing*”, cit., pág. 208; VISALLI, “La problemática del *leasing*”, cit., pág. 643. Puede sostenerse, opinan ALLENDE - HOFFMANN, que el *leasing* operacional u operativo reviste la naturaleza jurídica de un contrato de locación y el *leasing* financiero la naturaleza jurídica de una compraventa (“El ahora nominado contrato de *leasing*”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1996-A, pág. 1513). Estos autores aciertan en cuanto al primero, mas no en el segundo, como veremos (*infra*, n° 7.2).

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. Esto explica como el recurso a tal figura jurídica sea propio de empresarios y profesionales que, más que a la propiedad, miran a conseguir el uso del bien, aun soportando todos los riesgos y el pago de un canon periódico. En estos contratos, las partes, habitualmente, incluyen una opción de compra que permite a la usuaria, de manera formal, adquirir 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 opción³¹. Este dato, además de conceder a la opción un *rol* esencial en la estructura del nuevo modelo de *leasing*, pone en

31 Cfr. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2001, pág. 303. En este subtipo de *leasing*, las partes al 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, pág. 483.

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.

6.2. 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 capital 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 otro³², 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*

32 El Código Civil peruano, siguiendo el ejemplo de otros, mantiene la tradicional clasificación de bienes muebles e inmuebles, que ha sido considerada por la doctrina moderna como una especie de *summa rerum divisio*, ya que lejos de ser, como había sido en el derecho histórico, una simple subdistinción o un subgénero, se ha convertido en la *división de todas las cosas*. Véase Díez PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1996, vol. I, pág. 144.

inmobiliario al sector agrícola, al de la administración pública y al del comercio internacional.

Ante la dicotomía *leasing* mobiliario-*leasing* inmobiliario, algunos autores se han planteado el problema de si estamos ante dos subtipos de un mismo tipo o ante dos subtipos distintos³³. RODRÍGUEZ, por ejemplo, piensa que la distinción del *leasing* por la naturaleza del bien no es una mera clasificación a efectos didácticos, sino que configura situaciones jurídicas diferentes, porque diferente es el trasfondo económico de uno y otro supuesto³⁴. AMORÓS, igualmente, estima que el *leasing* inmobiliario no es una especie dentro de un género más amplio, el *leasing* en general. La peculiaridad del objeto sobre el que recae se traduce en una serie de diferencias funcionales, en una naturaleza *sui generis* y, en efecto, en un régimen jurídico distinto o, al menos, no homogéneo con el *leasing* mobiliario, concluye el citado autor³⁵.

En nuestra opinión, tales elucubraciones carecen de sustento. El Código Civil, por ejemplo, regula la donación (arts. 1621 sigs.) y la compraventa (arts. 1529 sigs.), en principio, al margen de la naturaleza mueble o inmueble de lo donado o vendido, aunque después le dedique algunas normas para asegurar su perfección y eficacia. Sin embargo, en ambos casos, trátase de bienes muebles o inmuebles, la donación sigue siendo un acto de liberalidad y la compraventa un contrato oneroso, esto es, la causa sigue siendo la misma, se donen o se vendan bienes muebles o inmuebles.

6.3. Por su promoción

Conscientes de la descapitalización de su industria nacional y de las dificultades que tienen las pequeñas y medianas empresas para acceder al crédito, los legisladores italianos emprendieron la búsqueda de nuevos y más eficaces instrumentos de actuación en la economía. En el camino se encontraron pronto con una institución que nace, precisamente, para satisfacer esas necesidades: el *leasing* público.

33 Para LORENZETTI, el *leasing* inmobiliario no es un subtipo, sino una modalidad caracterizada por el objeto: un bien inmueble. En cuanto a su estructura y causa es un *leasing*, acota el citado autor (*Derecho contractual*, cit., pág. 181). Para MARZORATI, igualmente, el *leasing* inmobiliario es una modalidad del contrato de *leasing* utilizada, principalmente, por empresas a instalarse o en proceso de expansión que no pueden o no desean financiar por sí mismas el proyecto y la construcción de las obras necesarias (*Derecho de los negocios*, cit., pág. 427).

34 “Problemas jurídicos del *leasing* inmobiliario”, en *Anales de la academia matritense del notariado*, Madrid, 1987, t. XXVII, pág. 87.

35 “El *leasing* inmobiliario”, cit., pág. 875.

- a. *Leasing* público directo. Esta modalidad, que fue una original aportación de PORTALE, es un eficaz instrumento operativo para la política de desarrollo en las áreas económicamente deprimidas y, especialmente, dirigido hacia la pequeña y mediana empresa. Se habla de *leasing* público directo porque es el Estado el que interviene directamente en el mercado, a través de la creación de una empresa especializada, lo que, a la postre, le permite 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 privada³⁶.
- b. *Leasing* público indirecto. La segunda fórmula de actuación prevista por la citada ley la constituye el *leasing* público indirecto, operado por las empresas de *leasing* privadas que previamente han celebrado un convenio con la *Cassa per il Mezzogiorno*. A éstas se le faculta sólo a dar en *leasing* bienes muebles, *rectus* - maquinarias, cuyo valor no superen los 250 millones de liras.

6.4. 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

36 Cfr. GARVIN, "El *leasing* público en Italia", en *Revista administración pública*, Madrid, 1985, n° 107, pág. 360; BUONOCORE, "Il *leasing* pubblico: appunti", en *Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1984, pág. 18; BUSSANI, "Locazione finanziaria", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1986, n° 6, pág. 612; DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., pág. 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, pág. 19.

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 producción³⁷.

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 bien.

El tema de la validez, o mejor, licitud o ilicitud del contrato de *lease back* ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia italiana. Una parte defiende la licitud de esta operación en atención a la general validez de las transferencias con fines de garantía que no estén bajo condición, sea suspensiva o resolutoria³⁸; la otra, en cambio, sostiene la ilicitud de la operación partiendo de la premisa que, en general, las transferencias con fines de garantía son nulas por violación del pacto comisorio previsto en el art. 2744 C.C. El instrumento utilizado por esta doctrina para decretar la invalidez es, pues, el fraude a la ley³⁹.

-
- 37 Cfr. FANAN, "Lease back", en GALGANO (dir.), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, t. I, pág. 779 sigs. El *lease back* es un contrato que ha sido pensado para responder de manera rápida y eficiente a las exigencias de liquidez del mundo empresarial, señala RIVA, "Il contratto di sale and lease back", cit., pág. 302.
- 38 Defienden esta tesis, entre otros, BUONOCORE, "Il contratto di leasing", cit., pág. 1455 sigs.; Id., "Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio", en *Contratto e impresa*, Padova, 1994, n° 3, pág. 558 sigs.; BIANCA, "Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1987, n° 1, págs. 121 sigs.; BUSSANI, "Il contratto di lease back", en *Contratto e impresa*, Padova, 1986, no 2, pág. 558 sigs.; CLARIZIA, "Lease back e operazioni inesistenti", en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1989, fasc. 2, pág. 521 sigs.; DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1985, pág. 68 sigs.; Id., *Nuovi contratti*, cit., pág. 234 sigs.; DE NICTOLIS, "Divieto del patto commissorio alienazioni in garanzia e sale lease back", en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1991, n° 6, pág. 560 sigs.; LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, en IUDICA - ZATTI (dirs.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, vol. I, pág. 422 sigs.; MUNARI, "Validità e nullità del sale and lease back in relazione al divieto del patto commissorio", en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1986, fasc. 1, pág. 172 sigs.; RAGUSA MAGGIORE, *Scritti di diritto diritto commerciale e fallimentare*, Padova, 1997, vol. I, pág. 1308 sigs.; PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto*, cit., pág. 304; RIVA, "Il contratto di sale and lease back", cit., pág. 315.
- 39 Segun FERRARINI, "L'operazione del sale and lease back, nel suo complesso, presenta una stretta fungibilità con un mutuo assistito da garanzia reale (...) Nella normalità di casi la vendita a scopo di *lease back* è nulla siccome in frode al divieto del patto commissorio" (*La locazione finanziaria*, Milano, 1977, pág. 121 sigs.). En otro lugar, este autor señala que el contrato de *lease back* es válido sólo si prevé un "pacto marciano", en virtud del cual el acreedor se obliga a entregar al deudor la diferencia entre el importe de la deuda y el precio del bien vendido (FERRARINI - BARUCCO, "La locazione finanziaria", en RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, vol. 11, pág. 24).

No consideramos convincentes los argumentos de aquella jurisprudencia que niega validez al *lease back* por violación del pacto comisorio, pues en este contrato, a diferencia de cuanto sucede con el pacto comisorio, no hay un crédito preexistente que garantizar entre la empresa vendedora-usuaria y la compradora-concedente. Es más, la compraventa que precede al *lease back* no es un contrato accesorio, con fines de garantía; es un presupuesto *necesario* para que el bien pueda ser concedido en *leasing*. Se puede decir, pues, que la citada compraventa no viene celebrada con fines de garantía, sino con fines de *leasing*, como ya hemos apuntado. Esto se puede corroborar con el hecho que la compradora-concedente en el *lease back* es libre de disponer del bien, lo que no sucedería si la compraventa fuese hecha con fines de garantía.

Igualmente, en el *lease back* la compraventa es pura y simple, es decir, no está supeditada a condición alguna; el mismo pacto de opción, que permite a la usuaria readquirir la propiedad del bien vendido, es una cláusula propia del contrato de *leasing*, no de la compraventa en garantía con pacto de retroventa⁴⁰. A lo dicho agregamos que la adquisición de la propiedad del bien, por parte de la empresa de *leasing*, en un contrato de *lease back*, representa simplemente un momento de su usual actividad empresarial; de igual modo, la concesión en *leasing* de un bien, aunque sea adquirido a la misma usuaria, se inserta sin más en el normal ejercicio negocial de una empresa de *leasing*, esto es, financiar el uso y, a su turno, la adquisición de bienes en *leasing*. Por ello, creemos que con el *lease back* no se trata de perseguir finalidades ilícitas a través de operaciones anómalas o indirectas, sino que estamos ante un típico contrato de empresa, pensado para satisfacer rápida y eficientemente una necesidad de liquidez temporal de las empresas⁴¹.

40 Cfr. DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., págs. 235 sigs.; MUNARI, “Validità e nullità del sale and lease back”, cit., pág. 177. En opinión de BIANCA, no basta para excluir la aplicación de la norma del pacto comisorio, afirmar que “nel sale and lease back non c’è un credito preesistente da garantire tra il venditore-utilizzatore e il compratore-concedente” (“Il divieto del patto commissorio”, cit., pág. 124).

41 Cfr. LEYVA SAAVEDRA, “El *lease back*, una moderna técnica de financiamiento”, en *Gaceta jurídica*, Lima, 1999, t. 68-B, pág. 38; BUSSANI, “Locazione finanziaria”, cit., pág. 610; DE NICTOLIS, “Divieto del patto commissorio”, cit., pág. 556; FELIÚ REY, “Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease back* o *leasing* de retorno”, en *Actualidad civil*, Madrid, 1994, no 23, pág. 430; RIVA, “Il contratto di sale and lease back”, cit., pág. 315; GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing*, cit., pág. 149. VIDAL BLANCO recuerda que con el *lease back* no se busca ampliar la producción directa o indirectamente con nuevos equipos, sino de reparar los fallos financieros de programas anteriores que no han resultado como se había planificado (*El leasing*, cit., pág. 88). El *lease back* es una figura que facilita la expansión de la economía, permitiendo a ciertas empresas efectuar nuevas inversiones, sin perder por ello la disposición de sus medios de producción existentes, concluye COILLOT, *El leasing*, Madrid, 1979, pág. 187.

- b. *Leasing* internacional. La Convención de UNIDROIT sobre *leasing* internacional⁴², 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 diverso⁴³.

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 nacionalidad, 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 otro⁴⁴.

- 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 aeronave⁴⁵.

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 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,

42 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 1º de mayo de 1995, en Hungría desde el 1º de diciembre de 1996, en Panamá desde el 1º de octubre de 1997, en Letonia desde el 1º de marzo de 1998, en la Federación Rusa desde el 1º de enero de 1999, en Bielorrusia desde el 1º de marzo de 1999 y en Ouzbékistan desde el 1º de febrero de 2001. Un detallado informe sobre el estado actual de las suscripciones, ratificaciones y adhesiones a esta Convención puede verse en [<http://www.unidroit.org/english/implementi/i-main.htm>].

43 Cfr. DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., pág. 243; FELIZIANI, “*Glossario del leasing*”, en *Rivista esportare*, Roma, 1989, n° 3, pág. 9; BUSSANI, “*Leasing*”, cit., pág. 820; VISALLI, “La problematica del *leasing*”, cit., pág. 647.

44 Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 216; CABANILLAS, “La configuración del arrendamiento”, cit., pág. 989; FELIZIANI, “*Glossario del leasing*”, cit., pág. 10.

45 Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 218; MORILLAS, “Algunos aspectos del *leasing*”, cit., pág. 474.

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.

La práctica de *leasing* de aeronaves es muy rica, aun cuando compleja, no sólo porque presenta diversos esquemas contractuales, sino también porque con frecuencia se engloban bajo el término *leasing* contratos que difieren sustancialmente de éste, debido a que se importa la terminología anglosajona. Por ejemplo, se habla de *dry lease* o *wet lease*, según se ceda la aeronave únicamente o bien ésta junta con la tripulación, el combustible, etc., o de *true lease* como si se tratara de un subtipo de *leasing*, lo cual no es verdad, pues es un simple arrendamiento, o se mencionan subtipos surgidos de la utilización de este instituto financiero para fines predominantemente fiscales.

7. 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 misma. En primer lugar, cabe señalar a aquéllas que intentan asimilar el *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 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. Veamos las principales tesis.

7.1. Teoría del arrendamiento

Una de las primeras teorías, si no la primera, propuestas para explicar la esencia o naturaleza del contrato de *leasing*, es aquella que la centra, *prima facie*, en el contrato de arrendamiento; aunque, enseguida, la califica como especial, *sui generis*, complejo, financiero, etc.

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 del 2 de julio de 1966 y la belga del 10 de noviembre de 1967, que califican al

leasing como “alquiler con promesa unilateral de venta”; la ley italiana del 2 de mayo de 1976, las leyes españolas del 25 de febrero de 1977 y del 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 temporaria del goce de un bien y el pago de la contraprestación, la cual constituye, pues, la causa típica del contrato de arrendamiento⁴⁶.

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 especial⁴⁷. 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 sigs., 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,

46 Siguen este temperamento en la doctrina italiana: BUONOCORE, “La locación financiera”, cit., pág. 104 y sigs.; CALANDRA, “*Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*”, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1978, n° 2, pág. 206 sigs.; COILLOT, *El leasing*, cit., pág. 93; GIOVANOLI, *Le crédit-bail*, cit., pág. 232; TABET, “*La locazione di beni strumentali (leasing)*”, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1973, parte II, pág. 295 sigs.; RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1997, págs. 805 sigs. En la doctrina española: ILLESCAS, “*El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato*”, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 1971, n° 119, pág. 73 y sigs.; CABANILLAS, “*La naturaleza jurídica del leasing y el control de las condiciones generales*”, en *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1982, t. XXXV, fasc. 1, pág. 58; SERRA MALLOL, “*Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero*”, en *Revista general de derecho*, Madrid, 1996, n° 627, pág. 1289 y sigs.

47 Cfr. TABET, “*La locazione*”, cit., pág. 295; BUONOCORE, “*La locación financiera*”, cit., pág. 109 y sigs.; CALANDRA, “*Orientamenti della dottrina*”, cit., pág. 209.

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 producción⁴⁸. 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, 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 compra⁴⁹. Es más, las pautas para la determinación del plazo y de la cuantía de los cánones a cargo de la usuaria difieren en uno y en otro negocio, ya que en el *leasing* se atiende a la vida económica del bien, a la amortización de la inversión y a la rentabilidad del capital utilizado por la empresa de *leasing*⁵⁰.

48 En el *leasing*, estima ALFARO, la sociedad de *leasing* carece de interés en la cosa. Adquiere la que la usuaria desea y a quien ésta le ha dicho: financia una decisión de inversión de la usuaria. Por ello, no asume ninguna obligación de garantizar el uso de la cosa durante la duración del contrato. Además, en el arrendamiento no hay relación entre el plazo de duración del contrato y el de la vida útil del objeto; lo normal es que la cosa conserve gran parte de su valor al término del contrato, mientras que en el *leasing*, la relación entre duración del contrato y vida útil del objeto es querida por las partes y el objeto, al final, sólo tiene un valor residual, concluye el citado autor ("*Leasing*", cit., pág. 3916).

49 Daría la impresión que si no se ejercita la opción de compra, el contrato permanece en el campo de la transmisión del uso y es análogo al arrendamiento; sin embargo, la presencia del ejercicio eventual de la opción, modifica, *ab initio* la configuración del arrendamiento, porque el precio no representa sólo el uso, sino una amortización del capital y un elemento financiero, lo que justifica que se denomine canon y alquiler, escribe LORENZETTI, *Derecho contractual*, cit., pág. 191.

50 Los pagos que debe la empresa usuaria se calculan según el costo de adquisición: la empresa de *leasing* ha de poder amortizar completamente su inversión, las cuotas pagadas por la usuaria a la empresa de *leasing* constituyen la restitución de la inversión, de allí que no se paguen *pro usu rei* sino *pro re*, explica ALFARO, "*Leasing*", cit., pág. 3917.

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 obligaciones, 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 arrendaticio porque no existe causa jurídica de arrendamiento. Será, sí acaso, una cesión de uso *sui generis*⁵¹.

A guisa de complemento de las enunciadas consideraciones diferenciales, suficientes para nuestro propósito, 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 usuaria⁵². 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 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 negocios⁵³.

51 Cfr. AMORÓS, "El *leasing* inmobiliario", cit., pág. 894; MANZANO, "Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero", en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 1992, n° 611, pág. 1798; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing financiero*, cit., pág. 148; VARA DE PAZ, "Naturaleza y régimen jurídico del contrato de *leasing*", en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Madrid, 2001, n° 84, pág. 196. Algunos autores si 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 connaturales pero no esenciales, permiten el libre juego de la voluntad privada. Véase 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, pág. 497.

52 La finalidad financiera de este contrato ha sido observada con poca fortuna por algunos autores. Así, JIMÉNEZ DE PARGA - DE GISPERT 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., pág. 496).

53 Son de este parecer, AMORÓS, "El *leasing* mobiliario", cit., págs. 899 y sigs.; ILLESCAS, "El *leasing*: aproximación", cit., pág. 87 y sigs.; LÓPEZ - MERCADER, "Algunos aspectos del *leasing* inmobiliario", en

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 bien⁵⁴.

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 evidentes⁵⁵, al grado que huelgan comentarios adicionales.

7.2. 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 económica que desempeña este negocio jurídico. El *leasing*, escribe CUESTA 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

Revista de la facultad de derecho, Montevideo, 1992, n° 2, pág. 74 y sigs.; MORILLAS, “Algunos aspectos del *leasing*”, cit., pág. 487 y sigs.; MARZORATI, *Derecho de los negocios*, cit., pág. 416; BARREIRA, “Categorización jurídica”, cit., pág. 569; FERNÁNDEZ, “El *leasing*”, cit., pág. 208.

54 *Leasing mobiliario*, cit., pág. 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., pág. 95).

55 Esto no hace más que confirmar la desemejanza sustancial existente entre la locación y el *leasing*. Ambos contratos se parecen bastante, pero necesariamente deben resolverse por principios totalmente distintos, dado que si al *leasing* se le aplican las reglas clásicas de la locación, quedarán sin solución los principales problemas que se susciten entre las partes intervinientes, apunta BARREIRA, “Categorización jurídica”, cit., pág. 569.

a aquél al terreno de la compraventa a plazos y el préstamo de financiación de esa compraventa”⁵⁶.

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 ello⁵⁷. 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 propiedad⁵⁸.

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 arrendamiento⁵⁹.

Antes de referirnos a las observaciones formuladas a esta tesis, las que son bastantes, aunque para nuestro propósito las reconduciremos solamente a cuatro,

56 “Reflexiones en torno al *leasing*”, cit., pág. 557. 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, pág. 339; ID., *Il contratto di leasing*, cit., pág. 145 sigs.; MIRABELLI, “*Il leasing e il diritto italiano*”, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1974, parte I, pág. 228 sigs.; BONFANTE, “*Il contratto di vendita*”, en COTTINO (coord.), *I contratti commerciali*, en GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 1991, vol. XVI, págs. 150 sigs.; 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, pág. 195 y sigs.

57 Según MIRABELLI, el cliente tiene interés en tener un bien pagando su precio con dilación, mientras que la empresa concedente tiene interés en hacer dar frutos al capital de que dispone con adecuadas garantías. El primero de los intereses indicados se vería adecuadamente satisfecho con la estipulación de una compraventa a plazos y no contrastaría con tal interés el agregado de un pacto de reserva de dominio. Es más, si el capital a hacer rendir frutos estuviere en manos del productor o proveedor del bien deseado, igualmente el interés de éste se vería satisfecho con la estipulación de una compraventa a plazos con reserva de propiedad; el capital será utilizado en la producción y equipamiento; el pago a plazos permitiría un aumento del precio suficiente como para asegurar un adecuado beneficio; la garantía estará prestada a través del pacto de reserva de la propiedad (“*Il leasing*”, cit., pág. 246).

58 Para ROJO AJURIA, es evidente que con ambos contratos se persigue una misma finalidad económica, si no no haría falta excluir expresamente al *leasing* del ámbito de aplicación de la ley de ventas a plazos de bienes muebles (LVPBM); es más, ni siquiera existen sustanciales diferencias entre un arrendamiento financiero mobiliario y los préstamos de financiación que establece la citada ley, lo que ocurre es que el legislador ha considerado oportuno que a ciertos préstamos de financiación, con determinadas finalidades, no se les aplique una determinada regulación (*Leasing mobiliario*, cit., pág. 243).

59 Cfr. MIRABELLI, “*Il leasing*”, cit., pág. 252; DE NOVA, “*Contratto di leasing*”, cit., pág. 347; ID., *Il contratto di leasing*, cit., pág. 101.

debemos de poner de manifiesto la proximidad de ambas instituciones jurídicas, advertida tanto por la similar posición sustancial adoptada por la empresa financiada, lo que explica la tendencia desarrollada en los países anglosajones, como por la presencia del elemento financiero en cada una de ellas. Esta proximidad ha sido puesta de manifiesto por los españoles CORRALES - GARCÍA BARBÓN apoyándose en: la aportación de recursos para satisfacer ajenas necesidades del tráfico económico; la intervención de un tercero, como la empresa financiera, que aporta los recursos para subvenir dichas necesidades (necesidad de venta, por un lado, y necesidad de equipamiento, por otro), ejercitando en definitiva una labor de mediación para la asignación de recursos. No obstante, acotan los citados autores, las diferencias entre ambos negocios son claras: así, mientras el financiador de ventas a plazos se limita a asignar recursos para que el vendedor y comprador realicen entre sí la operación de transferencia del bien, el empresario de *leasing* interviene en forma más activa y con mayor protagonismo al adquirir para sí el bien del vendedor, cederlo en su propio nombre al cliente y, si éste ejercita la opción de compra, concertar con él la compraventa final⁶⁰.

Un primer dato diferenciador, en nuestra opinión, es que en la compraventa a plazos el financiamiento se realiza a través de una prorrateización del precio del bien hecha por el mismo vendedor; en cambio, en el *leasing* interviene como financiador un sujeto diferente al vendedor del bien: 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 especial⁶¹.

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 pactado⁶²; esto es, no se hace necesaria la emisión

60 *Sociedades de financiación. Leasing y factoring*, Madrid, 1991, pág. 221.

61 Cfr. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1982, pág. 820; CABANILLAS, “La naturaleza del *leasing*”, cit., pág. 59 sigs.; EMBID IRUJO, “Sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*”, en *La Ley*, Madrid, 1990, vol. IV, pág. 713 y sigs.; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., pág. 138 y sigs.; ALFARO, “*Leasing*”, cit., pág. 3917; VISALLI, “La problemática del *leasing*”, cit., pág. 662; CAGNASSO - COTTINO, *Contratti commerciali*, en COTTINO (dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2000, vol. IX, pág. 76; BUITRAGO, *El leasing mobiliario*, cit., pág. 79 sigs. 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 GONZÁLES CASTILLA, “Una vez más, la distinción entre el contrato de *leasing* y la compraventa a plazos”, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 2001, no 242, pág. 2165.

62 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

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 reglas de la compraventa y se producen sus efectos⁶³.

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 usuaria⁶⁴. Incluso, creemos, es correcto razonar que en el *leasing*, al igual que en las demás técnicas 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 finalidad⁶⁵.

códigos civiles de Italia (art. 1523), Alemania (art. 455), Bolivia (art. 585). Véase LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 73; MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1979, t. V, pág. 84; RUBINO, *La compravendita*, en CICU - MESSINEO (dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, vol. XVII, pág. 320; GALGANO, “*Vendita (diritto privato)*”, en *Enciclopedia del diritto*, cit., 1993, vol. XLVI, pág. 500; ALBALADEJO, *Derecho civil*, Barcelona, 1997, t. II, vol. 2, pág. 70; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, Barcelona, 1995, t. II, vol. 2, pág. 38; RODRIGUEZ TAPIA, “*Compraventa*”, en *Enciclopedia jurídica básica*, cit., vol. I, pág. 1239.

- 63 Cfr. LORENZETTI, *Derecho contractual*, cit., pág. 189; SANCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., pág. 141. El *leasing*, recuerda BUONOCORE, se inserta de manera prevalente, si no exclusivamente, en un contexto socioeconómico 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., pág. 61).
- 64 Cfr. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, cit., pág. 213; CLARIZIA, “*Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*”, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 1976, parte II, págs. 465 sigs.; 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, pág. 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 (*Il contratto di leasing*, cit., pág. 148; *Id.*, *Nuovi contratti*, cit., pág. 202).
- 65 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 sólo eventualmente. En esta línea: BUONOCORE, “*La locación financiera*”, cit., pág. 105; MORILLAS, “*Algunos aspectos del leasing*”,

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 convendría adoptar al vencimiento del plazo contractual; ella, por lo general, suele 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 interés 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 propiedad⁶⁶.

Por nuestra parte, consideramos que el intento, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia⁶⁷, 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

cit., pág. 485; BONEO - BARREIRA, *Contratos bancarios*, cit., pág. 112; MARZORATI, *Derecho de los negocios*, cit., pág. 415.

66 “*La locazione finanziaria*”, cit., pág. 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., pág. 485).

67 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 1º de febrero de 1999”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, Madrid, 1999, n° 50, pág. 831 y sigs.; BERNÁLDEZ, “El importe del precio previsto en la opción de compra del arrendamiento financiero”, en *Revista general del derecho*, Madrid, 1999, n° 655, pág. 3585 y sigs.; UREÑA MARTÍNEZ, *Tercerías de dominio. Tercería de mejor derecho en el contrato de leasing*, Pamplona, 2001, pág. 34 y sigs.; VARA DE PAZ, “Naturaleza y régimen jurídico”, cit., pág. 197.

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 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 propiedad⁶⁸.

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”.

7.3. 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 garantía⁶⁹. 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 propiedad de los bienes, mediante

68 *Manuale di diritto*, cit., pág. 821. 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 BARREIRA, “Categorización jurídica”, cit., pág. 573.

69 “*Alcune considerazione sul contratto*”, cit., pág. 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., pág. 202).

el ejercicio de la opción de compra; si no hace uso o ejercicio de dicha opción, no adquiere la propiedad de los bienes⁷⁰.

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 préstamo⁷¹.

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 diferentes⁷². 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 usuaria⁷³. En este caso, pues, no existe transferencia de la propiedad, sino que ella también permanece en el patrimonio de la empresa de *leasing* cumpliendo una finalidad de garantía del crédito otorgado⁷⁴.

70 Véase CABANILLAS, “La naturaleza del *leasing*”, cit., pág. 53 y sigs.; MANZANO, “Sobre la naturaleza jurídica”, cit., pág. 1795; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., pág. 119 y sigs.; RICO PÉREZ, *Uso y disfrute de bienes*, cit., pág. 35 y sigs.

71 *Le crédit-bail*, cit., pág. 375 sigs. 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., pág. 3917).

72 “*Orientamenti della dottrina*”, cit., pág. 211. Comparten esta tesis, SÁNCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., pág. 125 y sigs.; SEGURADO, *El leasing*, Barcelona, 1992, pág. 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., pág. 213).

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

74 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

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, si no se ejercita la opción de compra al término del plazo contractual, la empresa usuaria tendrá la obligación de devolver el mismo bien, no otro⁷⁵.

En suma, concebir al *leasing* como un préstamo de dinero que hace la empresa de *leasing* a la usuaria no se acomoda a la realidad⁷⁶, pues si el *leasing* implicase un préstamo de dinero no se comprende por qué motivo la empresa usuaria no compra directamente el bien o bienes al 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 proveedor⁷⁷.

El Tribunal Supremo español, que había mostrado algunas vacilaciones, en su sentencia del 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 7^a, 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 adquirir su dominio, o por otras razones, reservándose la facultad de adquisición para un tiempo posterior mediante el

capital utilizado para financiar el uso del bien capital a la empresa usuaria. Véase LUCCHINI, “*La risoluzione del contratto*”, cit., pág. 500; DENOZZA, “*Il mercato dei limoni, la teoria degli ostaggi e la risoluzione del contratto di leasing*”, en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 1987, fasc. 3, pág. 687.

75 En el contrato de *leasing* la propiedad de los bienes en todo momento es de la empresa financiera, y no existe, por ende, la obligación de la usuaria de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Véase BUITRAGO, *El leasing mobiliario*, cit., pág. 84 y sigs.; RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Madrid, 1997, pág. 36 y sigs.

76 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, pág. 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, pág. 188.

77 Cfr. CABANILLAS, “*La naturaleza del leasing*”, cit., pág. 55 y sigs.; LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 84.

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 objeto⁷⁸.

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 doctrinario, 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 disponibilidad, de manera que puedan seguir destinándolos a la actividad empresarial. El acercamiento de esta figura contractual al préstamo es evidente, se concluye⁷⁹. En nuestra opinión, los argumentos desarrollados por este sector no convencen, 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 aquél⁸⁰. 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.

7.4. 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 otros⁸¹.

78 T.S. (Sala 1ª), sentencia de 16 de mayo de 2000, en *Actualidad civil*, Madrid, 2000, n° 37, pág. 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. no 5082”, en *Revista de derecho privado*, Madrid, 2001, noviembre, pág. 896 y sigs.

79 Cfr. ANDREU MARTÍNEZ, “Admisibilidad del *lease back*”, cit., pág. 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., pág. 835).

80 Al respecto, véase RAGUSA MAGGIORE, *Scritti di diritto commerciale*, cit., pág. 1309; LEYVA SAAVEDRA, “El *lease back*”, cit., pág. 36; CAGNASSO - COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., pág. 84.

81 Cfr. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1980, pág. 298; ROLIN, *El leasing*, Madrid, 1974, pág. 88. El Tribunal Supremo español en sus sentencias de 18 de noviembre de 1981, 26 de junio de

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 contratos⁸².

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 *coordinación*⁸³. 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 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 presupuesto tiene, precisamente, la pluralidad o, con mayor frecuencia, la dualidad de contratos⁸⁴.

1989 y 28 de mayo de 1990 habla de negocio mixto con causa única. Véase LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho*, cit., pág. 408.

- 82 Según ROPPO, “*il contratto misto è un contratto unico, con unica e inscindibile 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, pág. 427). La especificidad del contrato mixto se halla en la *synthesis*, no en la suma, de diversos elementos, fundidos en la unidad de causa, lo que le da identidad diferenciada, recuerda LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho*, cit., 1994, pág. 518.
- 83 En este sentido, DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho*, cit., pág. 254; MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, t. I, pág. 396.
- 84 Cfr. MESSINEO, “*Contratto innominato (atipico)*”, en *Enciclopedia del diritto*, cit., 1962, vol. X, pág. 104. 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 pues, implica, sin más, que quepa

7.5. 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 negocios⁸⁵; 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 atípico⁸⁶; 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 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.

8. 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 configurativa⁸⁷, es decir, es un típico contrato de

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”. Véase T.S. (Sala 1ª), sentencia de 20 de diciembre de 2001, en *Actualidad civil*, Madrid, 2002, no 10; en http://www.laley.net/ractual/r10c_j2002.

- 85 Entre los autores alemanes que han dedicado algunas páginas al estudio del *leasing*, hay algunos que se inclinan a encuadrarlo dentro de la categoría de los “negocios de gestión” (*Geschäfts besorgungsvertrag*), pues estiman que la empresa de *leasing* opera como agente de la empresa arrendataria para obtener el bien que ella desea, y una vez que lo consigue se lo financia, entregándole seguidamente para su uso y explotación. Véase VIDAL BLANCO, *El leasing*, cit., pág. 145.
- 86 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. Véase DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., pág. 22; ARRUBLA, *Contratos mercantiles*, cit., pág. 120; MANZANO, “Sobre la naturaleza jurídica”, cit., pág. 1813; SÁNCHEZ PARODI, *Leasing*, cit., pág. 153.
- 87 Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 116; VARA DE PAZ, “Naturaleza y régimen jurídico”, cit., pág. 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

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 tiene 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 él no seleccionó.

Formuladas las 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. El *leasing* no es ni más ni menos que el *leasing*, es decir, una institución contractual que existe *per se* y con configuración propia.
- b. El *leasing* es un contrato complejo⁸⁸; es decir, está conformado por una 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

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., pág. 570).

88 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 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.

aisladas⁸⁹. La causa del *leasing*, se dice, no es otra que la de financiación, que se revela tanto en la etapa de perfección como en la de ejecución del contrato⁹⁰.

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

Madrid, otoño de 2003

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, t. I, vol. 2, 1996; t. II, vol. 1. 1997.

ARRUBLA, JAIME, *Contratos mercantiles*, Biblioteca jurídica Dike, Bogotá, t. II, 1992.

BONEO, EDUARDO; BARREIRA, EDUARDO, *Contratos bancarios modernos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.

BUITRAGO RUBIRA, JOSÉ, *El leasing mobiliario y su jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 1998.

BUNOCORE, GIUSEPPE; LUMINOSO, ANGELO, *Contratti d'impresa*, Giuffrè, Milano, vols. 1-2, 1993.

CLARIZIA, RENATO, *I contratti nuovi. Factoring e locazione finanziaria*, en BESSONE (dir.), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1999, volume XV.

COILLOT, JEAN, *El leasing*, Mapfre, Madrid, 1979.

COSTANZA, MARIA, *Il contratto atípico*, Giuffrè, Milano, 1981.

CORRALES, JOSÉ; GARCÍA BARBÓN, JUAN, *Sociedades de financiación. Leasing e factoring*, Civitas, Madrid, 1991.

89 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 consumar 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 del 20 de diciembre de 2001, cit.).

90 Cfr. LEYVA SAAVEDRA, *Leasing*, cit., pág. 118; BARREIRA, "Categorización jurídica", cit., pág. 564; VARA DE PAZ, "Naturaleza y régimen jurídico", cit., pág. 199.

- DE NOVA, GIORGIO, DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974.
- DE NOVA, GIORGIO, DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Giuffrè, Milano, 1985.
- DE NOVA, GIORGIO, DE NOVA, *Nuovi contratti*, en *Il diritto attuale*, Utet, Torino, vol. 10, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, vol. I, 1996.
- FARINA, JUAN, *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- FERRARINI, GUIDO, *La locazione finanziaria*, Giuffrè, Milano, 1977.
- FERRI, GIUSEPPE, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, Torino, 1982.
- FRIGNANI, ALDO, *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising*, Utet, Torino, 1991.
- FOSSATI, GIORGIO, *Il leasing*, Giuffrè, Milano, 1987.
- GALGANO, FRANCESCO, *Diritto privato*, Cedam, Padova, 1987.
- GARCÍA GARNICA, MARÍA, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- GIOVAGNOLI, MARIO, *Le crédit-bail (leasing) en Europe: developement et nature juridique*, Litec, Paris, 1980.
- GUTIERREZ GILSAN, ANDRÉS, *Defensa del usuario en el leasing financiero mobiliario*, Ederesa, Madrid, 2003.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ, *Elementos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1995, t. II, vol. 2.
- LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980.
- LEYVA SAAVEDRA, JOSÉ, *Leasing*, en *Tratado de derecho privado*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, vol. I.
- LEYVA SAAVEDRA, JOSÉ, *Factoring*, en *Tratado de derecho privado*, Legal Book's, Lima, 2001, vol. III.
- LORENZETTI, RICARDO, *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales*, Palestra, Lima, 2001.
- LUMINOSO, ANGELO, *I contratti tipici e atipici*, en IUDICA - ZATTI (dirs.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, vol. I.
- MARTORELL, EDUARDO, *Tratado de los contratos de empresa*, Depalma, Buenos Aires, 1993, t. I.
- MARZORATI, OSVALDO, *Derecho de los negocios internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, t. V, 1979.

- MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general del contrato*, Ejea, Buenos Aires, t. I, 1986.
- NAPOLILLO, ERNESTO (COORD.), *I nuovi contratti*, en CASSANO (COORD.), *Nuove voci del diritto*, La Tribuna, Piacenza, 2002.
- PERLINGIERI, PIETRO, *Istituzioni di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.
- RAGUSA MAGGIORE, GIUSEPPE, *Scritti di diritto commerciale e fallimentare*, Cedam, Padova, vol. I, 1997.
- RESCIGNO, PIETRO, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1997.
- RICO PÉREZ, FRANCISCO, *Uso y disfrute de bienes ajenos con opción de compra (la contratación por leasing en España)*, Reus, Madrid, 1974.
- RODRÍGUEZ MATEOS, PILAR, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Madrid, 1997.
- ROJO AJURÍA, LUIS, *Leasing mobiliario*, Tecnos, Madrid, 1987.
- ROLIN, SERGE, *El leasing*, Pirámide, Madrid, 1974.
- ROPO, VINCENZO, *Il contratto*, en IUDICA - ZATTI (DIRS.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001.
- RUBINO, DOMENICO, *La compravendita*, en CICU - MESSINEO (DIRS.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, vol. XVII, 1952.
- SÁNCHEZ PARODI, JOSÉ, *Leasing financiero mobiliario*, Montecorvo, Madrid, 1989.
- SEGURADO, JUAN, *El leasing*, De Vecchi, Barcelona, 1992.
- UREÑA MARTÍNEZ, MAGDALENA, *Tercerías de dominio. Tercería de mejor derecho en el contrato de leasing*, Pamplona, 2001.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- VIDAL BLANCO, CARLOS, *El leasing, una innovación en la técnica de la financiación*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1977.
- VILLAR URIBARRI, JOSÉ MARÍA, *Régimen jurídico del leasing. Cuestiones mercantiles, fiscales y penales*, Edersa, Madrid, 1993.

ARTÍCULOS

- ALFARO, JESÚS, “Leasing”, en *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, vol. II, 1995.
- ALLENDE, LISANDRO; HOFFMANN, MÓNICA, “El ahora nominado contrato de leasing”, en *La Ley*, Buenos Aires, 1996, tomo A, Sección doctrina.

- AMORÓS, MANUEL, “El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral”, en *Revista Crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, 1985, nº 569.
- ANDREU MARTÍNEZ, BELÉN, “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. nº 5082”, en *Revista de derecho privado*, Madrid, noviembre, 2001.
- APICE, UMBERTO, “*Mezzi di finanziamento e crisi dell’impresa*”, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Padova, nº 3-4, 1992.
- BARENGHI, ALESSANDRO, “*Osservazione in tema di leasing*”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1985, nº 1-4.
- BARREIRA, EDUARDO, “Categorización jurídica del *leasing*”, en GERSCOVICH (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- BIANCA, MASSIMO, “*Il divieto del patto commissorio: un passo indietro della cassazione*”, en *Rivista di diritto civile*, Padova, nº 1, 1987.
- BONFANTE, PIETRO, “El contrato de venta”, en COTTINO (coord.), *I contratti commerciali*, en GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, volume XVI, 1991.
- BUONOCORE, GIUSEPPE, “Leasing”, en *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1983, volume IV, Appendice.
- BUONOCORE, GIUSEPPE, “El leasing público: appunti”, en *Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1984.
- BUONOCORE, GIUSEPPE, “La locación financiera en el ordenamiento italiano”, en AA.VV., *El leasing*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- BUONOCORE, GIUSEPPE, “El contrato de leasing”, en BUONOCORE - LUMINOSO (dirs.), *Contratti d’impresa*, Giuffrè, Milano, t. 2, 1993.
- BUONOCORE, GIUSEPPE, “*Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell’ultimo quinquennio*”, en *Contratto e impresa*, Padova, nº 3, 1994.
- BUSQUETS LE MONIER, GUILLERMO, “El *leasing* español, su situación actual y su futuro”, en *Boletín del colegio de abogados de Madrid*, nº 6, 1991.
- BUSSANI, MAURO, “*Locazione finanziaria*”, en *Rivista di diritto civile*, Padova, nº 6, 1986.
- BUSSANI, MAURO, “Leasing”, en *Rivista di diritto civile*, Padova, nº 6, 1992.
- BUSSANI, MAURO, “*Il contratto di lease back*”, en *Contratto e impresa*, Padova, nº 2, 1986.
- CABANILLAS, ANTONIO, “La naturaleza del *leasing* o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales”, en *Anuario de derecho civil*, Madrid, t. XXXV, fasc. I, 1982.

- CABANILLAS, ANTONIO, “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, t. XLIV, fasc. II, 1991.
- CAGNASSO, ORESTE; COTTINO, GASTONE, *Contratti commerciali*, en Cottino (dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padova, volume IX, 2000.
- CALANDRA, VINCENZO, “Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria”, en *Rivista di diritto civile*, Padova, nº 2, 1978.
- CASELLI, GIOVANNI, “Leasing”, en *Contratto e impresa*, Padova, nº 1, 1985.
- CLARIZIA, RENATO, “Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria”, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, fasc. 2, 1976.
- CLARIZIA, RENATO, “Lease back e operazioni inesistenti”, en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, fasc. 2, 1989.
- CORSO, ELENA, “Il doppio binario della cassazione”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milano, vol. LVII, nº 1, 1993.
- CUESTA RUTE, JOSÉ MARÍA DE LA, “Reflexiones en torno al *leasing*”, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, nº 118, 1970.
- CHINDEMI, DOMENICO, “Trilateralità del contratto e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1.526 c.c.”, en *Responsabilità civile e previdenza*, Milano, volume LIX, nº 2, 1994.
- DE NICTOLIS, ROSANNA, “Divieto del patto commissorio alienazioni in garanzia e sale lease back”, en *Rivista di diritto civile*, Padova, nº 6, 1991.
- DE NOVA, GIORGIO, “Contratto di *leasing* e controllo delle condizioni generali dei contratti”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, nº 11-12, 1973.
- DE NOVA, GIORGIO, “Il contratto di *leasing*: un tipo o più tipi?”, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Padova, nº 4, 1994.
- DENOZZA, FRANCESCO, “Il mercato dei limoni, la teoria degli ostaggi e la risoluzione del contratto di *leasing*”, en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, fasc. 3, 1987.
- EMBID IRUJO, JOSÉ MARÍA, “Sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing*”, en *La Ley*, Madrid, vol. IV, 1990.
- FANAN, LAVINIA, “Lease-back”, en GALGANO (dir.), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Utet, Torino, t. 1, 1995.
- FELIÚ REY, MANUEL, Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de lease back o *leasing* de retorno”, en *Actualidad civil*, Madrid, nº 23, 1994.

- FELIZIANI, MARCELLO, “Glossario del leasing”, en *Rivista sportare*, Roma, n° 3, 1989.
- FERNÁNDEZ, MARÍA, “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, n° 239, 2001.
- FERRARINI, GUIDO, “La locazione finanziaria”, en RESCIGNO (dir.), *Trattato di diritto privato*, Torino, volume 11, t. III, 1985.
- FRAGALI, Michelle, “Finanziamento (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol. XVII, 1968.
- FRESNEDA, MÓNICA; FRUSTAGLI, SANDRA; HERNÁNDEZ, CARLOS, “Consideraciones en torno a la nueva ley de leasing”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. C, Sección doctrina, 2001.
- GALGANO, FRANCESCO, “Vendita (diritto privato)”, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, volume XLVI, 1993.
- GALGANO, FRANCESCO, “Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio”, en *Contratto e impresa*, Padova, n° 1, 2000.
- GALGANO, FRANCESCO, “La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio”, en *Contratto e impresa*, Padova, 2000, n° 2.
- GARVIN, PAOLA, “El leasing público en Italia”, en *Revista administración pública*, Madrid, n° 107, 1985.
- GONZÁLES CASTILLA, FRANCISCO, “Una vez más, la distinción entre el contrato de leasing y la compraventa a plazos (Sentencias de 28 y 29 de mayo de 2001 [Civil], RA.3873 y 3874/2001)”, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, n° 242, 2001.
- ILLESCAS, RAFAEL, “El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato”, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, n° 119, 1971.
- JIMÉNEZ DE PARGA, ROBERTO; DE GISPERT, MANUEL, “La operación de leasing, ¿es una operación de crédito?”, en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Madrid, n° 31, 1988.
- KEMELMAJER, AÍDA, “Aproximación al contrato de leasing inmobiliario”, en *Homenaje a Raymundo Fernández*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- LEYVA SAAVEDRA, JOSÉ, “El lease back, una moderna técnica financiera”, en *Gaceta jurídica*, Lima, t. 68-B, 1999.
- LEYVA SAAVEDRA, JOSÉ, “Contratos de financiamiento empresarial”, en *Vniversitas*, Bogotá, D.C., n° 102, 2001.
- LÓPEZ, CARLOS; MERCADER, TERESITA, “Algunos aspectos del leasing inmobiliario”, en *Revista de la facultad de derecho*, Montevideo, n° 2, 1992.

- LUCCHINI, EMANUELE, “*La risoluzione del contratto di leasing finanziario*”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, nº 2, 1991.
- MACÍA MORILLO, ANDREA, “*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, nº 2, 1999.
- MANZANO, ANTONIO, “*Sobre la naturaleza jurídica del leasing o arrendamiento financiero*”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Madrid, nº 611, 1992.
- MARTÍN OVIEDO, JOSÉ MARÍA, “*Naturaleza y régimen jurídico de las operaciones de leasing*”, en *Revista de derecho financiero y hacienda pública*, Madrid, vol. XXIII, nº 106-7, 1973.
- MESSINEO, FRANCESCO, “*Contratto innominato (atipico)*”, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, volume X, 1962.
- MIRABELLI, GIUSEPPE, “*Il leasing e il diritto italiano*”, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, nº 35, 1974.
- MONTOYA ALBERTI, ULISES, “*El contrato de leasing*”, en HUAYANAY (comp.), *Contratos*, Rao, Lima, t. 2, 2002.
- MORILLAS, MARÍA JOSÉ, “*Algunos aspectos del leasing de aeronaves en España*”, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, nº 208, 1993.
- MUNARI, ALESSANDRO, “*Natura giuridica del leasing finanziario: una sentenza e qualche equivoco*”, en *Revista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, nº 1-4, 1995.
- MUNARI, ALESSANDRO, “*Validità e nullità del sale and lease back in relazione al divieto del patto commissorio*”, en *Rivista italiana del leasing e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, fasc. 1, 1986.
- PARRA LUCÁN, MARÍA, “*Comentario a la sentencia de 1º de febrero de 1999*”, en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, Madrid, nº 50, 1999.
- PENTA, ANDREA, “*Leasing traslativo. Fallimento dell'utilizzatore*”, en *Il diritto fallimentare delle società commerciali*, Padova, nº 3, 2002.
- RESCIGNO, PIETRO, “*Note sulla atipicità contrattuale (a propósito de integración de mercados e nuovi contratti di impresa)*”, en *Contratto e impresa*, Padova, nº 1, 1990.
- RIVA, ILARIA, “*Il contratto di sale and lease back e il divieto di patto commissorio*”, en *Contratto e impresa*, Padova, nº 1, 2001.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, MARÍA ÁNGELES, “*El contrato de leasing*”, en CALVO CARAVACA - FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dirs.), *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1999.
- SERRA MALLOL, ANTONIO, “*Consideraciones sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero*”, en *Revista general de derecho*, Madrid, nº 627, 1996.

-
- TABET, ANDREA, “*La locazione di beni strumentali (leasing)*”, en *Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, parte II, 1973.
- VARA DE PAZ, NEMESIO, “Naturaleza y régimen jurídico del contrato de *leasing*”, en *Revista de derecho bancario y bursátil*, Madrid, nº 84, 2001.
- VISALLI, NICOLÒ, “*La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*”, en *Rivista di diritto civile*, Padova, nº 5, 2000.
- ZENO ZENCOVICH, VINCENZO, “*Il controllo giudiziale sull’equivalenza delle prestazioni nei contratti di leasing*”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, nº 5-8, 1985.

