

<i>Capítulo octavo. Clases de arrendamiento financiero.</i>	131
1. Buona fide lease (true lease).	131
2. Finance lease	131
3. Lease back	132
4. Leasing broker.	135
5. Maintenance or service lease.	135
6. Net lease.	135
7. Leasing inmobiliario	136
8. Renting	146

CAPÍTULO OCTAVO

CLASES DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Bajo este título de “clases” de A.F., preferimos denominar a las variantes que las crecientes necesidades del tráfico comercial, y la no menos grande fantasía del *businessmen* norteamericano preocupado siempre por crear nuevas cláusulas en los contratos y nuevas formas de contratación, han hecho del *leasing* el prototipo y base de una serie de negocios contractuales que en ocasiones son el mismo *leasing* (A.F.) con ciertas variantes y otras un simple arrendamiento, como veremos a continuación.

1. *Buona fide lease (true lease)*

Uno de los preceptos del *Uniform Commercial Code*, de los Estados Unidos, aplicable al *leasing*, hace una distinción entre el *buona fide leases* y el *leases intended as security*, éste cae directamente dentro del propósito de los aa. 9º (*security of transactions*) y 2º (*sales*) porque son considerados ventas de equipo con reserva de dominio que provee seguridad. El *true leases*, en cambio, no constituye alguna seguridad de transacción ni venta y por ello no está sujeto expresamente a uno u otro artículos; Hawkland advierte que esta manera de distinguir a ambos contratos es, por desgracia, uno de los problemas más difíciles que han surgido bajo la vigencia del citado *Uniform Commercial Code*.¹⁰⁴

2. *Finance lease*

Se trata del nombre con el cual se identifica al A.F. (*leasing*) y que Shapiro sugiere como otra modalidad del mismo, por virtud

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 446. Hemos preferido mantener las locuciones en inglés por considerarlas más explicativas de la figura en cuestión.

de la cual el arrendatario financiero toma el equipo por un periodo igual, o casi igual, al de la vida útil del bien, asumiendo todos los gastos y riesgos, los cuales soportaría el arrendador financiero en el corto periodo o *non-payont lease*; además, el arrendatario financiero tiene el derecho a renovar el contrato mediante una renta inferior, o bien a comprar el equipo al finalizar aquél por el precio regular del mercado.¹⁰⁵

3. *Lease back*

Es un contrato mediante el cual el futuro arrendatario financiero vende a una persona (la futura arrendadora financiera) un bien de su propiedad, y de inmediato, simultáneamente, lo toma en A.F. Se trata de un negocio muy usado en los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, cuyo desarrollo se debe, entre otras razones, a las necesidades urgentes de empresarios por tener dinero efectivo¹⁰⁶ para afrontar sus problemas de liquidez, o porque saben de la existencia del A.F. —sus ventajas— después de que han invertido una fuerte cantidad de dinero en la adquisición de un bien de equipo y deciden acudir al *lease back*, con lo que aumentan o recuperan sus recursos disponibles a cambio de reducir el inmovilizado.

En este sentido, el *lease back* constituye una técnica de asistencia financiera que se materializa mediante la previa adquisición de un bien de capital, su venta a un tercero y el coevo uso o goce del mismo mediante A.F., con lo cual se convierten los activos fijos en efectivo para hacer frente a los problemas de liquidez.¹⁰⁷ En otras palabras, el futuro arrendatario financiero vende sus bienes y al mismo tiempo los adquiere en A.F., con lo cual mantiene la continuidad en el uso de los mismos, aunque desde luego no son menores los beneficios que obtiene el arrendador financiero porque se convierte en propietario de tales bienes mediante un pago inferior al real.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Shapiro, Samuel L., "Commercial leasing, the ABC's of leasing", *Law Forum*, Illinois, Urbana, núm. 3, 1972, pp. 437 y ss.

¹⁰⁶ Pérez, *op. cit.*, p. 174; Gutiérrez Viguera, *op. cit.*, pp. 43 y 44, y Boneo, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁷ Cfr. Boneo, *op. cit.*, p. 139. También véase a Coillot, Jacques, *Leasing*, Madrid, Ed. Mapfresa, 1974, p. 206 y Gutiérrez Viguera, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁸ Rico Pérez, *op. cit.*, p. 41. Montojo Miniaty, Carlos *et al.*, *Nuevas for-*

Pues bien, esta peculiaridad del A.F. presenta a su vez tres variantes: a) cuando el contrato es concluido directamente entre el futuro arrendatario financiero (proveedor del bien) y la arrendadora financiera; b) cuando en la celebración del contrato existe un tercer elemento que es una sociedad de paja (*société de paille, dummy corporation*), y c) cuando existe también un tercer elemento que es un fiduciario a quien se le confía el bien que se ha de ceder al arrendatario financiero; ésta última es conocida como *lease purchase*.¹⁰⁹

En el segundo caso, la *dummy corporation* es creada por el arrendatario financiero para realizar la futura operación y actúa como intermediaria entre el público inversionista (que adquiere títulos de participación emitidos por ésta) y el propio arrendatario para proporcionar los bienes en A.F. a éste. Los títulos representativos del capital social de dicha sociedad se ofrecen a inversionistas o ahorradores con el objeto de obtener dinero y adquirir el material; para garantizar estas operaciones, la sociedad es administrada por un fideicomisario (*trustee*) nombrado por los propios accionistas inversores, la arrendataria financiera hace sus pagos parciales a dicho fideicomisario, quien con ellos hace frente a gastos, sueldos e impuestos y procura los fondos necesarios para los intereses y eventualmente reembolsos de acciones de la sociedad.

Por lo que se refiere al *lease purchase*, o *Philadelphia plan*, es una figura usada principalmente en los Estados Unidos para financiar el equipamiento de la aeronáutica y de las actividades ferroviarias. En este caso se constituye una sociedad por varios empresarios; la sociedad constituida, por su parte, emite certificados que representan una parte del valor total del equipo y que se entregan a cada participante en proporción a lo aportado; el importe de esos certificados se destina a pagar el precio del equipo; la propiedad del equipo se vierte al fideicomitente, quien cede el uso o goce del mismo a una sociedad ferroviaria; los pagos parciales son tales que permiten pagar un interés a los titulares de los certificados y disponer de una cantidad para los reembolsos de algunos vencimientos; cuando la sociedad ferroviaria, mediante los

mas de financiación, Madrid, 1972, p. 30, expresa que este *leasing* poco ortodoxo apenas si es conocido por ahora en Europa, pero sus posibilidades intrínsecas lo harán sin duda entrar pronto en un rápido progreso de divulgación.

¹⁰⁹ Scrufari, *op. cit.*, p. 859.

pagos parciales, ha obtenido todos los certificados, se convierte en propietaria del equipo y único socio de tal sociedad.¹¹⁰

Esta modalidad se usa en operaciones de volumen significativo, ya que los costos de la negociación resultan muy elevados; por lo que parece más conveniente para empresas cuya creación precisa de una fuerte inversión y que por la duración de su ciclo productivo se ven requeridas de recursos financieros; aunque se debe advertir, como lo hace Gutiérrez Viguera, que este procedimiento de adquirir bienes, y simultáneamente obtener su uso o goce mediante A.F., "no siempre es la cura ni la solución para la empresa con problemas financieros", porque se debe también considerar la posible incidencia fiscal sobre la venta y la diferencia entre el precio pagado y el valor contable del equipo.¹¹¹

El *lease back* es reconocido en diversas legislaciones. En el derecho musulmán, mediante el *bei bil istiglal*, el comprador, tan pronto como concluye el contrato, devuelve el bien al vendedor, quien continúa de esa manera con el uso o goce del bien y procura obtener provecho.¹¹² En España el Real Decreto Ley de Ordenación Económica, en su a. 26, párrafo 3º, establece que la venta realizada a una arrendadora financiera cuando ésta arrienda el bien en el mismo acto a su vendedor, tributará como venta de mayoristas por el impuesto general sobre el tráfico de las empresas y sobre la base del precio real de dicha venta; es decir, prevé y permite tal contrato.

En el derecho mexicano la LGOAAC (a. 24, fr. III) permite y faculta a las arrendadoras financieras para adquirir bienes del futuro arrendatario financiero, con el compromiso de darlos a éste en A.F.; de ello la doctrina mexicana nada ha dicho, a no ser que se trate, al igual que el *renting*, simple y sencillamente de un arrendamiento, "por cuanto que en ellos (*lease back* y *renting*) no se incluye la promesa de venta, que caracteriza al *leasing*",¹¹³ lo cual evidentemente no es correcto, puesto que a todas luces, por lo menos en lo que a nuestro derecho se refiere, se trata de

¹¹⁰ Cfr. Rolin, *op. cit.*, p. 32.

¹¹¹ *Op. cit.*, p. 43.

¹¹² Jahel, Sémil, "L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit économique*, año 38, núm. 3, julio-septiembre de 1985, p. 150.

¹¹³ Así Díaz Bravo, *op. cit.*, p. 89.

un A.F. con la peculiaridad de que el proveedor del bien (vendedor) es el propio arrendatario financiero y no un tercero.

Finalmente, el Proyecto de Convención sobre A.F. Internacional, adoptado por el UNIDROIT en abril de 1987, excluye esta modalidad al exigir la presencia de una tercera "parte": el proveedor (a. 1).

4. *Leasing broker*

Se trata de un contrato de A.F. con la peculiaridad de que es promovido por un auxiliar del comercio, quien se limita a mediar entre proveedores y usuarios, y además facilita la financiación de la operación en una sociedad dedicada a celebrar contratos de A.F., actividades y servicios por los cuales recibe una contribución ("comisión"). Es un contrato muy desarrollado en los Estados Unidos de América, que algunos denominan "*leasing de intermediación*".

En efecto, se trata de un A.F. en el que un corredor o intermediario de *leasing* aporta su asistencia y sus relaciones financieras al posible arrendatario financiero y, como tal, le permite encontrar los mecanismos indispensables para obtener mediante A.F. el uso o goce de los bienes que necesita para su empresa. Así, el posible futuro arrendatario financiero selecciona el equipo o los bienes que desearía tener a su disposición y concluye el trato con el suministrador.

5. *Maintenance or service lease*

Se trata de un contrato muy similar al *finance lease*, pero se diferencia del mismo en que el arrendador financiero asume la responsabilidad por mantenimiento, reparación de partes y cambio o reemplazo de equipo inoperante; incluso en otros casos, dicho arrendador financiero paga el impuesto y los derechos de licencias (que se incluyen después en el precio).

6. *Net lease*

Igualmente que la anterior, esta modalidad se asemeja al *finance lease*; se distingue de ésta porque el arrendatario financiero garantiza que al fin del término de duración del contrato, el arren-

dador financiero realizará y obtendrá el valor residual a través de la venta del equipo, es decir, de antemano se opta por la venta del bien a un tercero. Asimismo, el *net lease* garantiza al arrendador financiero que si el bien no está absolutamente saldado por el valor residual, el arrendatario financiero pagará la diferencia a aquél; sin embargo, si el equipo es pagado por una cantidad superior a la del valor residual acordado, el arrendador financiero devolverá el exceso al arrendatario financiero.

7. *Leasing inmobiliario*

Un antecedente importante tanto de esta modalidad como del A.F. en general, lo encontramos en el año 1945, cuando al final de la Segunda Guerra Mundial la Allied Stores Corporation vendió sus inmuebles a una fundación universitaria y en el mismo acto los mantuvo en concepto de arrendatario en virtud de un contrato de esta naturaleza, con un plazo de duración de treinta años, con una opción de renovación por otros treinta años y con una renta menor a la del período inicial.

Este contrato fue denominado también *sale and lease back*, y fue la base para que en los años cincuenta se reconstruyeran varios inmuebles destruidos en Nueva York, gracias a que permitió hacer líquidos los capitales inmovilizados. El A.F. inmobiliario ha sido usado por empresarios que van a instalarse o en proceso de expansión, que no pueden o no desean financiar por sí mismos el proyecto de construcciones que requieren para ese objeto; se trata del A.F. que incursiona en el financiamiento ya no sólo a mediano plazo, sino también a largo plazo, de acuerdo con la amortización de los bienes construidos.¹¹⁴

El A.F. inmobiliario constituye simplemente un contrato de A.F. con la peculiaridad de tener como objeto indirecto un bien inmueble, de ahí que no debiera denominársele "inmobiliario", pues de ser así tendríamos que calificar de "mobiliario" al que no tiene por objeto bienes inmuebles. En fin, se trata de un contrato mercantil, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo, por el cual el arrendatario financiero precisado

¹¹⁴ Cfr. Boneo, *op. cit.*, pp. 142 y 143, quien expresa que este contrato suple la diferencia resultante entre las limitaciones propias de cualquier línea de crédito tradicional y las necesidades de capital en giro de la empresa.

de adquirir un inmueble para destinarlo durante un tiempo determinado a fines agrarios, comerciales o de servicios, solicita a una arrendadora financiera la celebración de un contrato de A.F. y le indica, una vez concertado en negocio jurídico, el bien inmueble requerido, sus especificaciones y el proveedor. Adquirido dicho bien, la arrendadora financiera procede a entregarlo a su contraparte para que lo use por un tiempo determinado en el contrato, satisfaciendo, como contraprestación, periódicamente o con una cantidad que comprenda el valor del bien, los gastos de adquisición y demás accesorios, y, una vez transcurrido el plazo, dicho arrendatario financiero puede optar por cualquiera de las opciones terminales.

Como expresan algunos autores,¹¹⁵ a diferencia de lo que ocurre en los bienes muebles, los inmuebles están sujetos a una plusvalía constante que se obtiene por el simple transcurso del tiempo o bien por mejoras o servicios públicos de los que se ve beneficiado; e incluso tienen una vida mucho más dilatada que la de un bien mueble, sobre todo porque los avances tecnológicos no inciden de la manera como lo hacen en aquéllos, razones todas ellas que permiten concluir paradójicamente que en el supuesto de optar por la compra del inmueble el arrendatario financiero cubrirá por concepto de valor residual una cantidad inclusive superior a la que correspondiera al precio de adquisición de la cosa.

Por ello mismo, la duración del contrato también es diferente, ya que en los bienes muebles generalmente coincide con la vida útil de ellos; en los inmuebles, en cambio, habrá que tomar en consideración el lapso de utilización considerado necesario para la explotación económica del inmueble, y la etapa de amortización necesaria para la arrendadora financiera; de cualquier manera es difícil determinar a nivel general la duración del contrato, debido a que una gran parte de la inversión (el terreno), no está sujeta a depreciación.

La Federación Europea de Asociaciones de Empresas de Leasing (LEASEUROPE) considera al A.F. inmobiliario como la operación en la que la arrendadora financiera concede el uso o goce, a largo plazo, de uno o varios bienes inmuebles de uso profesional, que adquiere o construye por cuenta del arrendatario financiero.

¹¹⁵ Cfr. Helewijn, *op. cit.*, pp. 300 y 301; Cabanillas, *op. cit.*, p. 72 y Amorós, *op. cit.*, p. 883.

Por lo que se refiere a las diversas legislaciones, podemos ver que en Argentina parece no haber inconveniente alguno para que las arrendadoras financieras adquieran bienes inmuebles para conceder su uso o goce mediante A.F.; incluso, expresa Boneo,¹¹⁶ el a. 24, inciso *b*, de la ley 18.061 respecto a la prohibición para las entidades financieras de adquirir bienes inmuebles distintos de los destinados a sus oficinas, quedó sin efecto por el a. 28 de la ley 21.526 sobre operaciones prohibidas.

En Bélgica, si bien el acuerdo real de noviembre de 1967, relativo a la organización del estatuto jurídico de las empresas que practican el arrendamiento financiero, sólo habla de bienes de equipo y parece excluir los inmuebles, no está descartando al A.F. inmobiliario, ya que la circular del 9 de febrero de 1971 del Ministerio del Interior propone la celebración de un contrato de esta naturaleza bajo la siguiente fórmula:

1) Que se construyan edificios sobre los propios terrenos de las futuras arrendatarias financieras.

2) Que se acuerde con la arrendadora financiera un derecho de superficie o de enfiteusis sobre su terreno por una duración de treinta años mediante una renta (o censo) simbólica de un franco por año.

3) Que la arrendadora financiera se obligue a construir sobre el terreno edificios conforme a los planes e indicaciones establecidas por el arrendatario financiero. Que durante el plazo de duración del contrato se reconozca el derecho de accesión, y

4) Que una vez construidos los edificios, la arrendadora financiera los dé en A.F. mediante un pago anual, cuyo pago total, al finalizar el contrato, sea igual al precio de los edificios, sin indemnización alguna.

En España, el real decreto 1669/1980 del 31 de julio, permite a las sociedades dedicadas al A.F., inscritas en el Registro Especial del Ministerio de Hacienda, ampliar su actividad a los bienes inmuebles (a. 1), siempre que: 1º los bienes sean objeto del tráfico empresarial habitual; 2º tales bienes queden afectos por el arrendatario financiero, durante la vigencia del contrato, exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales, y 3º el contrato contenga necesariamente la opción de compra a favor del arrendatario financiero (aa. 1 y 2).

¹¹⁶ Boneo, *op. cit.*, p. 143.

De acuerdo con Cabanillas,¹¹⁷ el A.F. inmobiliario está sujeto a las normas previstas para los arrendamientos urbanos, ya que éstos tienen por objeto inmuebles comerciales e industriales, y que el único caso en el cual no se aplicarían dichas disposiciones sería cuando el objeto del contrato lo constituyera una unidad patrimonial con vida propia, o sea, cuando se trate de un A.F. de industria, excluido por tales normas.

Por lo que se refiere a Francia, la ordenanza del 28 de septiembre de 1967, que reforma la ley del 2 de julio de 1966, en su a. 1º, se refiere al A.F. inmobiliario como aquel por el cual una sociedad cede en alquiler bienes inmuebles para uso profesional, comprados por ella y construidos a su cargo, siempre que, cualquiera que sea su calificación, permitan al arrendatario convertirse en propietario de todo o parte de dichos bienes a más tardar a la expiración del plazo de duración del contrato, ya sea por cesión, en ejecución de una promesa unilateral de venta, o bien por adquisición directa o indirecta de los derechos de propietario del terreno sobre el cual se han edificado los inmuebles dados en A.F., o bien, por transmisión de pleno derecho de la propiedad de las construcciones edificadas sobre el terreno perteneciente a dicho arrendatario financiero.¹¹⁸

Cabe mencionar que esta reforma a la ley del 2 de julio se debió fundamentalmente a que se presentaron diversas solicitudes de registro por las arrendadoras financieras (como establecimientos financieros), de cuyo examen, según el informe al presidente de la República con motivo de la ordenanza del 28 de septiembre referida, se comprobó que las disposiciones definitivas del A.F. inmobiliario eran insuficientemente precisas y se aplicaban difícilmente a las nuevas técnicas de intervención que se usaban especialmente en el arrendamiento para construcción o el arrendamiento enfiteútico; por lo que se consideró necesario precisar la definición del A.F. inmobiliario, distinguiéndolo del mobilia-

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 68. Asimismo, en dicho país la orden del Ministerio de Economía y Hacienda del 24 de julio de 1984, publicada en el *Boletín Oficial* del 6 de agosto, contiene algunas normas sobre la necesaria información financiera de las sociedades dedicadas al A.F.

¹¹⁸ Cabanillas, p. 68. Para que dichas arrendadoras financieras puedan operar como inmobiliarias para el comercio y la industria (SICOMI), se requiere que cuenten con un capital mínimo de 10 millones de francos y que sus estatutos sean aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas.

rio. Tal fue el objeto del a. 1º de la ordenanza multicitada que reforma la ley del 2 de julio.¹¹⁹

En Italia, en cambio, al parecer no hay legislación especial sobre este contrato; sin embargo, la ley del 25 de octubre de 1968 parece referirse implícitamente a este aspecto cuando señala que en el caso de plantaciones cedidas con el sistema de *locazione finanziaria*, los cánones debidos por todo el tiempo del contrato son equiparados a las inversiones en las relaciones del arrendatario.¹²⁰

En cuanto a Venezuela, las normas sobre A.F. a que hicimos referencia en el apartado relativo a su definición, permiten la existencia de A.F. sobre bienes inmuebles. En efecto, el a. 10 de dichas normas expresa que los institutos que se dediquen a operaciones de A.F. podrán adquirir bienes inmuebles para tal fin.

Finalmente, por lo que se refiere a nuestro país, algunos autores expresan que la LGOAAC, si bien no prohíbe expresamente la celebración de contratos de A.F. sobre bienes inmuebles, tampoco lo permite, y que incluso está más bien orientada a que el contrato sea celebrado únicamente sobre bienes muebles. De acuerdo con la misma ley, resulta ser absolutamente lo contrario, por lo siguiente: cuando el a. 25 define al contrato impone la obligación, a la arrendadora financiera, de adquirir determinados bienes y conceder su uso o goce, etc., pero jamás expresa que dichos bienes deban ser muebles, de donde resulta aplicable el postulado de que en donde la ley no distingue no debemos distinguir.

Asimismo, tácita pero claramente la LGOAAC se refiere y prevé la posibilidad de que haya A.F. sobre bienes inmuebles al aludir, en distintas ocasiones, al "constructor", proveedor de los bienes que serán objeto del contrato. En efecto, el a. 24, fr. IV, faculta a las arrendadoras financieras para obtener préstamos y créditos de instituciones de crédito y de seguros del país o de entidades financieras del exterior, destinados a la realización de las operaciones de A.F., así como de "proveedores, fabricantes o construc-

¹¹⁹ Ordenanza núm. 67-837 del 28 de septiembre de 1967, relativa a las operaciones de *crédit-bail*, las sociedades inmobiliarias para el comercio y la industria, *Journal Officiel de la République Française*, núm. 50, del 29 de septiembre de 1967. Para el informe de referencia, véase la p. 9596 del propio *Journal*.

¹²⁰ Véase la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 276, del 28 de octubre de 1968, p. 6475.

tores de los bienes que serán objeto de arrendamiento financiero", de donde resulta que se hace la distinción de bienes muebles e inmuebles; para los primeros alude a fabricante y para los segundos a constructor. También el a. 28 alude al constructor cuando permite pactar en el contrato que la entrega de la cosa se haga directamente por la arrendadora financiera o bien a través del proveedor del bien (vendedor), fabricante o constructor; otro tanto expresan los aa. 30, al referirse a la selección de proveedor por parte del arrendatario financiero; 34, al establecer la obligación de celebrar un contrato de seguro para cubrir, entre otros, los riesgos de construcción; en fin, el a. 38, fr. VI, al conceder el plazo de un año, o de dos, según que se trate de bienes muebles o inmuebles recuperados por el arrendador financiero, para que éste proceda a darlos en otro A.F., o bien a venderlos.

De manera que, como queda dicho, el derecho mexicano sí permite la concertación de un contrato de A.F. sobre bienes inmuebles. Lo que en cambio parece no estar permitido es que sea la propia arrendadora financiera la constructora del inmueble, como también se prohíbe que fabrique o produzca los equipos objeto del contrato; limitaciones que están en función de su naturaleza jurídica, de organizaciones auxiliares de crédito, cuya función es complementar las actividades de financiamiento. Prohibición que, por otra parte, evita las consecuencias jurídicas de índole varia que podrían suscitarse en caso de que la arrendadora financiera fuera la misma constructora del inmueble, como las que se dan en el derecho extranjero, según veremos a continuación, en donde sí puede dicha arrendadora financiera construir el inmueble.

En efecto, si bien en principio pareciera que la única peculiaridad del A.F. inmobiliario estriba en la naturaleza de los bienes (inmuebles), tal como efectivamente parece ser, en la práctica el otorgamiento del uso o goce de bienes inmuebles trae conexas diversas consecuencias jurídicas, según que se trate de alguno de los siguientes supuestos, dentro de los cuales la arrendadora financiera tendrá una alternativa, o adquirir el terreno sobre el cual se construya un inmueble diverso (edificio) o acordar con el arrendatario financiero un derecho de superficie (o en otros países un derecho de enfiteusis) en beneficio de la primera, así como también se verá obligada a celebrar diversos contratos para construir los edificios con alguna constructora. Concluida la construcción, el con-

trato de A.F. se desenvuelve de la misma manera que el celebrado sobre un bien mueble, con la diferencia de que por la naturaleza del inmueble, éste conserva un valor que le da una plusvalía y que constituye un motivo suficiente para que el arrendatario financiero opte por la compra.¹²¹

De acuerdo con lo anterior se pueden observar las siguientes hipótesis:

1) Que el arrendatario financiero ofrezca a la arrendadora financiera la celebración de un contrato de A.F. sobre un inmueble construido, un edificio o cualquier otra construcción susceptible de ser dada en uso o goce. Ante tal eventualidad caben, a su vez, las siguientes hipótesis:

a) Que dicha construcción sea propiedad de la arrendadora financiera, ya sea porque hubiera recuperado el inmueble de otro arrendatario financiero por incumplimiento de sus obligaciones, o bien que lo hubiera adquirido por adjudicación, casos en los cuales bastaría con celebrar el contrato de A.F. y proceder de inmediato a la entrega del bien.

b) Que dicha construcción sea propiedad de un tercero. En este supuesto el arrendatario financiero selecciona el inmueble y pide a la arrendadora financiera lo adquiera para cederle el uso o goce en concepto de A.F. Dicha arrendadora financiera procedería a adquirir en compraventa dicho inmueble, y

c) Que la construcción de referencia sea propiedad del propio arrendatario financiero, quien, requerido de dinero y a la vez obligado a mantener el uso o explotación del inmueble, propone a la arrendadora financiera la concertación de un contrato de A.F. con la peculiaridad de que el proveedor del inmueble objeto del contrato lo será el propio arrendatario financiero, quien, no sería extraño, optaría también, después o desde la celebración del contrato, por la compra posterior del bien. La arrendadora financiera celebraría una compraventa con dicho arrendatario financiero y una vez como propietaria del bien cedería su uso o goce al arrendatario financiero, quien conservaría las opciones terminales.

2) Que no haya construcción alguna, únicamente un terreno, bien inmueble sobre el cual se puede construir otro inmueble (edificio). En este caso se pueden dar también varios casos:

¹²¹ Así Giovanoli, *op. cit.*, p. 16 y Amorós, *op. cit.*, p. 883.

a) Que el arrendatario financiero proponga a la arrendadora financiera y ésta decida celebrar el contrato de A.F. sobre ese terreno sin construcción. Para dar cumplimiento a sus obligaciones, dicha arrendadora financiera estará sujeta a las eventualidades de la hipótesis anterior, es decir, que dicho terreno sea propiedad de la misma arrendadora financiera, que sea propiedad de un tercero o, finalmente, que el propio arrendatario financiero sea propietario, eventualidades en las cuales se procederá como señalamos en dicho supuesto, y

b) Que el arrendatario financiero proponga a la arrendadora financiera —y ésta acepte—, la celebración de un contrato de A.F. en el cual dicha arrendadora se obliga a conceder el uso o goce de un edificio o inmueble aún no construido. Dicha hipótesis plantea también algunas modalidades:

1a. Sólo el terreno existe y es propiedad de un tercero. La arrendadora financiera procedería a adquirir dicho inmueble para construir los edificios requeridos por el arrendatario financiero para cumplir con su obligación derivada del contrato. Dicha arrendadora financiera puede proceder directamente a realizar la construcción, puede contratar los servicios profesionales de terceros, o bien solicitar al arrendatario financiero que él mismo sea quien realice dicha construcción por cuenta de la arrendadora financiera.

2a. Existe el terreno sobre el cual se ha de construir el edificio, pero es propiedad del arrendatario financiero. Constituye evidentemente uno de los supuestos más importantes, debido a que puede acarrear diversas consecuencias, determinadas de acuerdo con cada caso concreto. Efectivamente, el arrendatario financiero puede decidir vender el terreno a la arrendadora financiera para que ésta en su calidad de propietaria construya el inmueble concertado y le ceda el derecho al uso o goce por el tiempo pactado. Igualmente, dicho arrendatario financiero, en lugar de vender el inmueble (terreno), puede decidir darlo en arrendamiento o constituir un derecho de superficie a favor de la arrendadora financiera para que esté legitimada a usarlo y pueda construir el edificio. Si ocurre lo primero (la venta) no hay mayor problema, ya que la arrendadora financiera podrá actuar como propietaria del inmueble; si sucede lo segundo, la arrendadora financiera estará haciendo una construcción sobre suelo ajeno con todas sus consecuencias (lo accesorio sigue la suerte de lo principal), en este caso, la arren-

dadora financiera, una vez concluida la construcción, entregará el inmueble y cederá su uso o goce al arrendatario financiero por un periodo igual al de duración del arrendamiento o del derecho de superficie. Vencido el término de referencia, y pagados los cánones pactados por el arrendatario financiero, éste recupera su terreno y obtiene la propiedad de lo construido.

Ahora bien, para evitar consecuencias desfavorables hacia la arrendadora financiera por virtud de construir sobre un inmueble del cual no tiene la propiedad, generalmente se establecen diversas garantías a su favor que evitan que el arrendatario financiero recupere antes del plazo previsto en el contrato su terreno y, por tanto, lo construido sobre el mismo. En efecto, la arrendadora financiera necesita un título legal que la legitime para construir en suelo ajeno, el cual se obtiene con el derecho de superficie y posiblemente con el de arrendamiento; sin embargo, como lo plantea Amorós,¹²² lo anterior plantea diversos problemas jurídicos, como serían: determinar si el derecho de superficie es o no el más adecuado para el efecto, y si es válido por virtud de un A.F., en uso del ejercicio de la opción de compra, adquirir lo construido, que en fin de cuentas revertirá al dueño del terreno.

De acuerdo con algún autor, el derecho de superficie es incompatible con el A.F. en vista de que el arrendatario financiero debe mantener vigente una opción final de compra por un valor residual de la construcción; en cambio, en caso de un derecho de superficie urbanístico, la construcción se adquiere gratuitamente al término de la duración del propio derecho de superficie. En derecho mexicano la posibilidad de concertar un contrato de A.F. en el que la arrendadora construyera sobre un inmueble ajeno, tal vez sería posible mediante la concertación de un contrato de arrendamiento en el cual el arrendatario (arrendador financiero) gozara del bien por un lapso igual al de duración del contrato de A.F., a cuyo vencimiento y satisfechos los cánones por el arrendatario financiero, éste adquiriría la propiedad de lo construido.

Nuestro CC, cuando se refiere al derecho de accesión, concede al propietario del bien el derecho a todo lo que se le une o incorpora natural o artificialmente (a. 886) y señala que todo lo que se une o incorpora a una cosa, como lo edificado, pertenece al

¹²² *Op. cit.*, pp. 917 y 918.

dueño del terreno o finca (a. 895); asimismo, cuando un tercero ha edificado de buena fe en terreno ajeno, la ley confiere al dueño de éste el derecho de hacer suya la obra, previa la indemnización correspondiente para aquel que construyó, o bien de obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno; caso en que podrían encontrarse las arrendadoras financieras que construyen un edificio sobre el terreno del arrendatario financiero.

Los riesgos de que el arrendatario financiero no cumpliera con el contrato, esto es, que dejare de pagar alguna parcialidad con el objeto de que la arrendadora financiera optara por la rescisión del contrato, y con ello la posibilidad de que el propietario del terreno (arrendatario financiero) pudiera exigir la demolición de la obra, y la reposición de las cosas a su estado primitivo a costa de la arrendadora financiera, no parece estar permitido por nuestra ley, ya que para ello se requiere la mala fe del edificador, circunstancia que no se daría en este caso, pues únicamente tendría el derecho de optar, como dueño que es, ya sea por hacer suyo lo construido previa la indemnización, o bien obligar a la arrendadora financiera a que le compre dicho terreno, actos que, cualquiera que fuera, no parecen causar perjuicio alguno a la arrendadora financiera.

De cualquier manera, en el derecho extranjero se ha optado por la figura de la sociedad como un instrumento jurídico que asegura o garantiza el cumplimiento de las prestaciones a cargo de ambas partes, tanto arrendadora financiera como arrendatario financiero.

En efecto, el procedimiento a seguir es el siguiente: se crea una sociedad inmobiliaria, *dummy corporation* (sociedad de paja), en la que la arrendadora financiera, como socio mayoritario, es titular del noventa por ciento del capital social, mientras que el propietario del terreno conserva el restante diez por ciento, en su calidad de socio. La sociedad así creada adquiere el terreno y procede a realizar la construcción de la obra, pactada en el contrato de A.F. entre arrendadora financiera y arrendatario financiero, mediante un préstamo que le concede la propia arrendadora financiera, al paso que el arrendatario financiero se obliga a usarla o gozarla en calidad de tal, una vez terminada, así como también se obliga a pagar los cánones pactados; a medida que se cumple con la obligación del pago de las parcialidades, la arren-

dadora financiera le entrega al arrendatario financiero su participación en la sociedad creada, hasta que se convierte en socio único, causa de disolución de la sociedad, cuyo haber será en beneficio del socio único. De acuerdo con ello, el arrendatario financiero obtiene parte de las acciones cuya titularidad corresponde a la arrendadora financiera en la sociedad creada, de forma que por vía indirecta, en consecuencia, adquiere finalmente, al concluir con el pago de las parcialidades pactadas, la propiedad de la construcción y del terreno.

Esta forma de proceder para dar un bien inmueble en A.F., ha sido adoptada por diversas arrendadoras financieras. En México, por el desarrollo reciente de la figura misma del contrato y por las condiciones económicas del país, no parece ser practicado, sin que por ello, como dijimos anteriormente, se considere prohibido por la ley. En otros países, como Francia,¹²³ en cambio, existen diversas sociedades dedicadas a celebrar estos contratos sobre bienes inmuebles, como sería el caso de la Société Immobilière Industrielle du Haut-Rhin, S.A.

Generalmente, cuando las arrendadoras financieras celebran contratos de A.F. sobre bienes inmuebles, ponen empeño en realizar un estudio y construcción de los edificios funcionales, según las indicaciones dadas por el arrendatario financiero; de la financiación del proyecto; de los requisitos administrativos y legales para la construcción; en fin, de las posibles formas de construcción (licitaciones).

8. *Renting*

En realidad este contrato no constituye ninguna modalidad o especie de A.F., se trata de un simple contrato de arrendamiento, sujeto, por tanto, a las normas del derecho común, sin obligación para el arrendador de incluir alguna opción terminal de la que pudiera hacer uso el arrendatario.

En efecto, pese a que alguno¹²⁴ le denomine “hermano del *leasing*”, que nació primero y sirvió de base para la creación del A.F., dicho *renting* no es otra cosa que un arrendamiento; se trata más bien, como sugiere Amorós,¹²⁵ de una forma primitiva de la que

¹²³ Rolin, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁴ Cogorno, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

¹²⁵ Así Amorós, *op. cit.*, p. 866.

han derivado nuevas formas de financiación y que ha constituido un instrumento de colocación de los productos elaborados por el propio fabricante. El *renting* es un contrato de arrendamiento mediante el cual el arrendador (fabricante o distribuidor) concede el uso o goce de un bien, normalmente producido en serie, contra el pago de una renta que comprende tanto la financiación de la puesta a disposición del equipo como los gastos de mantenimiento y reparación, contrato absolutamente resoluble en cualquier momento.

Algunos autores suelen hacer una distinción entre lo que sería en su opinión el *renting*, por un lado, y el *leasing* operativo por el otro,¹²⁶ así como la diferencia entre éstos y el A.F. En este orden de ideas, el *leasing* operativo sería aquel contrato cuyo plazo de duración es más breve que el previsto para el A.F., en función de que se celebra sobre bienes del más elevado envejecimiento tecnológico; asimismo, en el operativo el arrendador suele ocuparse del mantenimiento del bien y de la adquisición previa del mismo, sin que para ello participe el arrendatario, como sí ocurre en el A.F. Pese a lo sostenido por dichos autores, disentimos de su opinión, ya que no se trata de un contrato de A.F., y tampoco de un contrato distinto del de *renting*, sino de un mismo contrato cuya única peculiaridad sea que el arrendador, en un caso es el mismo productor o fabricante y en el otro (operacional) es un tercero (generalmente un distribuidor del fabricante), razones ambas por las cuales el arrendatario no puede seleccionar al proveedor del bien, sin perjuicio de que tampoco está facultado para ello, ya que se trata de un simple arrendamiento y no de un A.F.; incluso el mismo Pérez Idiartegaray¹²⁷ reconoce que las supuestas diferencias entre *renting* y *leasing* operativo son irrelevantes para elaborar un estudio jurídico del contrato, toda vez que dichos negocios jurídicos no son otra cosa que contratos de arrendamiento.

¹²⁶ Así Ferrere Astray, José A., "Aspectos jurídicos del *leasing* financiero en el Uruguay", *Seminario sobre el Leasing Financiero*, Banco Central del Uruguay, 1980, t. I, parte IV, p. 184, y Pérez Idiartegaray, *op. cit.*, p. 172, entre otros. El mismo Rolin, *op. cit.*, pp. 26 y 27, expresa que el operacional se diferencia del A.F. porque el riesgo del arrendatario estriba en la vida económica del bien, mientras que en el A.F. el riesgo es sobre la solvencia del arrendatario financiero.

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 173.

Por ello no nos ocupamos de su estudio con mayor detenimiento, únicamente hacemos la referencia respectiva en vista de que algunos autores suelen clasificarlo dentro de la categoría de los contratos de A.F., pero, insistimos, no constituyen un contrato de esta naturaleza, sino simplemente uno de arrendamiento, de cuyas características principales destacan: generalmente se realiza sobre bienes producidos en serie, sujetos a ser obsoletos en breve tiempo debido a los avances tecnológicos; son arrendados directamente, en la mayoría de los casos por los mismos fabricantes o productores sin que medie la actuación de un ente financiero; se trata de bienes fácilmente colocables en el mercado (fotocopadoras, máquinas de escribir, etc.) y susceptibles de ser objeto de varios contratos de arrendamiento con varios arrendatarios; el plazo de duración generalmente es muy breve (un año) y permite a las partes rescindir el contrato con un simple aviso dado con cierta anticipación; el precio que se paga como contraprestación por el uso o goce corresponde a estos conceptos y naturalmente es muy diferente al que se tendría que cubrir en caso de un A.F.; en general el arrendador se reserva el mantenimiento del bien; en fin, dicho contrato no incluye opciones terminales de las que pueda hacer uso el arrendatario.

Finalmente, según el informe explicativo al Proyecto de Convención sobre *Leasing* del UNIDROIT,¹²⁸ la combinación de los párrafos 1 y 2 del artículo 1, excluye varios tipos de *leasing*, entre ellos los de duración breve, tales como el *renting*.

En efecto, dicho ordenamiento exige la presencia de tres elementos personales, con lo cual la arrendadora financiera se obliga a adquirir los bienes de un tercero, según las instrucciones del arrendatario financiero; es decir, el proveedor o fabricante del bien está imposibilitado para ofrecer sus bienes en A.F. Asimismo, como se expresa en el informe, esta exclusión está implícita en las previsiones del artículo 1-2, inciso c, al hacer necesario que el pago de los cánones sea calculado tomando en cuenta, en particular, la amortización de todo o una parte sustancial del costo del equipo.

¹²⁸ UNIDROIT, *op. cit.*, p. 32.