
CONTRATO DE “LEASING”

Jaime Alberto Arrubla Paucar

INTRODUCCION

Algunos observan los orígenes del "leasing" en ciertas prácticas del pueblo sumerio (5.000 a. de c.), cuando los propietarios de las tierras, cedían por este sistema el uso de ellas, debido a la imposibilidad que tenían para cultivarlas. Otros antecedentes se observan en el código de Hammurabi sobre los arrendamientos de tierras.

Sin embargo, la moralidad del "leasing" como lo conocemos hoy, es de una práctica moderna y constituye una importante actividad para el apoyo del crecimiento industrial. Fue en Estados Unidos de América a finales del siglo XIX cuando surge la figura que hoy conocemos.

El "leasing" fue la fórmula que permitió a los hombres de finanzas, procurarse de los medios económicos necesarios para financiar sus proyectos de expansión hacia el oeste.

En el presente siglo, la BELL TELEPHONE SYSTEM, decide en el año de 1.920 alquilar sus equipos en lugar de venderlos, utilizando la operación "leasing". Otras empresas utilizaron posteriormente la misma modalidad, que se presentaba como una alternativa para el mercadeo; tal fue el caso de las empresas UNITED STATES SHOES MACHINERY (1.945), de la INTERNATIONAL CIGAR MACHINERY y de la I.B.M.

Esta modalidad de leasing que efectúa el mismo productor, es lo que se ha venido conociendo como el leasing operativo o industrial.

En 1952, el SR. D. P. BOOTHE JR. era el director de una pequeña fábrica de productos alimenticios en California. La guerra de Corea recientemente había terminado y la compañía Boothe había recibido un pedido importante del ejército y necesitaba maquinaria adecuada para el embalaje y acondicionamiento de sus productos. La Cia. Boothe no tenía capacidad económica para comprar dicha maquinaria y decidió arrendarla. Se le presentó una verdadera dificultad para conseguir dichos equipos y Boothe pensó que en otras empresas podían encontrarse en idéntica situación, lo que en realidad ocurría.

Así nace la UNITED STATES LEASING CORPORATION, fundada por BOOTHE y otros tres socios que invitó, para la cual aportó cada uno veinte mil dólares. Posteriormente adquieren préstamos por valor de quinientos mil dólares y el negocio comienza a crecer para estar financiando al cabo de dos años, bienes por más de dos millones de dólares a diferentes empresas.

Ante los temores de sus socios para expandir la empresa, Boothe decide vender su parte y crea una nueva empresa en San Francisco, la BOOTHE LEASING CORPORATION, que se capitaliza mediante la colocación de acciones entre el público. Para 1961 la empresa tenía 2700 clientes y sesenta y seis millones de dólares en contratos vigentes.

Con las experiencias de Boothe surgió una nueva modalidad de "LEASING" donde aparecen los intermediarios financieros entre vendedores y arrendatarios de maquinaria, modalidad que hoy se conoce con el nombre de "LEASING" FINANCIERO.

El desarrollo del "LEASING" en los ESTADOS UNIDOS fue arrollador, los bancos y entidades financieras tomaron interés en la operación y en menos de diez años se establecieron 800 sociedades dedicadas a la actividad.

Muy pronto la práctica del "leasing" se extiende a otros países. En Europa, Inglaterra fue el primer país en practicar el "leasing", luego

Francia. Hoy en día existen compañías de "leasing" en todos los países industrializados.

El "leasing" ha contribuido y sigue contribuyendo a la democratización económica al permitir a los empresarios, cada vez más, el acceso a los bienes de capital para el desarrollo de sus actividades y, además, ha sido el motor del establecimiento de diferentes modalidades de transporte masivo.

FUNCION ECONOMICA

El creciente proceso de modernización que caracteriza a la sociedad provoca una mayor diversificación en la actividad económica. Al lado de todo ese avance en la actividad los mecanismos clásicos de financiación quedan insuficientes. Aparecen también nuevas formas de financiación de la actividad productiva (1).

Surge el "LEASING" como una nueva forma de financiación, ofreciendo al usuario la posibilidad de agregar otra línea de crédito a las que tiene a su disposición.

El bien que será objeto del "leasing" debe tener una aptitud tal que proporcione los rendimientos necesarios para cubrir el costo de la amortización más los beneficios esperados ante un normal funcionamiento de la empresa. Es el propio equipo el que se va a autofinanciar con los mayores ingresos que proporcione. Así se cumple la regla de oro del "leasing" acuñada en la expresión anglosajona "PAY AS YOU EARN".

A pesar de ser esta concepción económica del "leasing", veremos como en muchos casos llamados "leasing", por ejemplo de automóviles y otros aparatos de consumo, si bien se utiliza la forma jurídica, no se cumple la finalidad económica que ofrece la operación.

(1) Carlos Vidal Blanco. "Estudio Económico". Sociedades de Leasing. Ed. Ministerio de Hacienda. Madrid. pág. 217.

Lo importante y necesario para la actividad económica no es la propiedad sobre los bienes de equipo, sino su utilización y en este sentido el "leasing" representa una evolución mental contraria a los principios tradicionales de propiedad (2). En la actividad económica, la elección entre la propiedad de los bienes de equipo y cualquiera otro título que facilite su utilización, aunque no se tenga la propiedad, ha de fundamentarse únicamente con criterios económicos.

Los fines primarios de la empresa deben ser el obtener una mayor producción, un menor costo, mayores ventas, mejor servicio, actualidad del producto, mejoras tecnológicas, etc. Para cumplir todos estos objetivos será necesaria la utilización de equipos más modernos, más capaces e idóneos para cumplir su función, pero en ningún caso será indispensable su propiedad. Por todo ello, además de lo gravoso que significa la adquisición en firme, podemos predicar las ventajas del "leasing". "En definitiva, ningún equipo industrial ni ningún bien en general produce beneficio a su propietario por el mero hecho de poseerlo, sino por su utilización. En este hecho descansa toda la filosofía del LEASING" (3).

El "leasing" cumple con una de las características de la moderna contratación mercantil, que es la terminación del mito de la propiedad privada en los medios de producción (4). Consiste tal característica en la presencia de un número creciente de comerciantes que han entendido que para su desarrollo empresarial no es necesario ser propietario de los medios de producción, ya que puede ser suficiente -y conveniente- utilizarlos como simples tenedores, sin necesidad de gravar el patrimonio con la adquisición de unos bienes que podrían comprometer el capital disponible o lo distraerían de otras necesidades de la empresa. Pero también elimina para el empresario el problema de la obsolescencia que implica la adquisición en firme.

(2) Vidal Blanco, Ob. cit. pág. 220.

(3) Pérez Ruiz, T. "Leasing: una nueva fórmula de financiación". Gaceta del Europeo No. 85, 1970.

(4) Gilberto Peña Castrillón, Algunos Aspectos de la Moderna Contratación Comercial. Ponencia ante el Foro de Notariado y Registro. Mayo de 1986.

Cuando un empresario necesita de bienes de equipo para su empresa decide adquirir esos bienes, se le presenta a continuación la urgencia de decidir cuál forma de financiación va a utilizar. Podrá pensar en varias posibilidades, a saber: a- Empresa o a una ampliación de su capital; b- Financiarlos mediante un préstamo bancario; c- Utilizar el sistema de ventas a plazos; d- Valerse de la operación "leasing". ¿Cuál es la más aconsejable? Esa será una respuesta que obtendrá luego de sus estudios económicos, pero estamos seguros que en el "leasing" podrá encontrar una de las mejores alternativas.

En países como el nuestro donde son escasos los recursos que el sistema en general pone a disposición de los nuevos empresarios y profesionales, quienes usualmente no disponen ni de fondos ni de garantías suficientes para establecer su empresa profesional o industrial; y lo mismo puede decirse de la naciente empresa y de la industria artesanal; el "leasing" ofrece soluciones rápidas, productivas y democráticas, al permitirles hacerse a maquinarias y equipos sin garantías ni reciprocidades. Es el "leasing" un motor de desarrollo y una fuente de aprovechamiento. Los médicos, sector agrícola, pueden encontrar en el "leasing" la residencia de sus necesidades de bienes de equipo.

DESCRIPCION DE LA OPERACION

La operación "leasing" puede definirse como "una nueva fórmula de financiación del equipamiento de las empresas, mediante la cual éstas acceden a la utilización de bienes de equipo que le es facilitada por la entidad financiadora o sociedad de "leasing", a cuyo fin ésta adquiere la propiedad del bien, sin perjuicio de que el usuario, optativamente, pueda acceder al cabo de un tiempo a dicha propiedad o continuar en el uso del bien" (5).

La descripción de la operación puede hacerse en varios momentos identificables así:

(5) Fernando López Iranzo. "Estudio Jurídico". Sociedades de Leasing. Ed. Ministerio de Hacienda, Madrid. pág. 300.

- a. Estamos en presencia de un empresario necesitado de bienes de equipo o de inmuebles para su actividad. Tiene el potencial tomador "leasing" plenamente identificados los bienes que requiere para su empresa.

La operación "leasing" nace en el momento en que aparece una necesidad que el sistema pueda atender. Esa necesidad puede ser de diferente naturaleza, por ejemplo: Necesidad de ensanche; necesidad de capital de trabajo; necesidad de renovar equipo e incluso, hasta la fundación de un negocio nuevo.

- b. Se presenta a la sociedad "leasing" y plantea su necesidad de bienes de equipo. La dadora "leasing" estudia la actividad del empresario y decide darle el apoyo financiero.
- c. Con la promesa del empresario de que tomará los bienes en arrendamiento, la sociedad "leasing" los adquiere del proveedor para si misma.
- d. Siendo la titular del dominio de dichos bienes, la sociedad "leasing" cede el uso al empresario a título de arrendamiento, con ciertas modalidades especiales y otorgándole una opción de compra o de continuar en el arriendo al vencimiento del plazo "leasing".

NATURALEZA JURIDICA

Se discute en la doctrina si la operación leasing encaja en alguno de los tipos de contractuales tradicionales, o si por el contrario, tiene la suficiente entidad como para precisar de una figura autónoma, con características propias.

Podemos analizar algunas de esas figuras establecidas con que se ha querido regular la operación que hemos descrito como "leasing" y constatar si se adecúan o no a sus propósitos.

- a. **CON EL CONTRATO DE VENTA.** Se podría pensar que una venta a plazos con reserva de dominio podría satisfacer los propósitos de la operación. Una figura como aquella, facilita al empresario necesitado de equipos la adquisición de los mismos, pagando por

instalamentos el precio de tales, con lo cual se solucionaría el problema de defecto de capital que tiene. La reserva de dominio por su lado, asegura al vendedor el pago del precio que se difiere en el tiempo; se convierte en una verdadera garantía ante las eventuales circunstancias de insolvencia del deudor y frente a la persecución de sus acreedores. La reserva de dominio opera como una condición suspensiva del efecto traslativo de dominio propio de la tradición a la cual se obliga el vendedor.

El primer problema que encontramos en venta con reserva de dominio para sustentar la operación de "leasing" es que correspondería al productor-vendedor financiar sus equipos al comprador. El "leasing" supone un plazo adecuado a las necesidades del usuario, a la productividad de su empresa y a la naturaleza misma del bien objeto de la operación. No sería muy factible a todos los productores proceder a la financiación "leasing" de los equipos; a lo mejor no poseen la liquidez necesaria o el deseo de asumir toda esta gran empresa. Por esas mismas circunstancias apareció en la práctica mercantil el "leasing" financiero frente al "leasing" operativo que lo precedió en el tiempo, por las dificultades de los productores de asumir directamente la financiación.

Si el vendedor recibe en pago títulos valores que documenten las obligaciones del comprador y los descuentos ante una entidad financiera, no adquiere ésta los efectos de la reserva de dominio, pues lo que sucedió es un pago en títulos valores, que daría lugar al agotamiento de la reserva de dominio.

LA VENTA SIMPLE, no sustenta la operación de "leasing", pues con la venta se pretende sentar la base para la futura transferencia del dominio del bien; es un título traslativo de dominio, en cambio, en el "leasing" lo que se quiere es trasladar el goce y uso de los bienes, pero conservando la sociedad "leasing" la titularidad, como máxima garantía y seguridad (6).

(6) Carlos Carmona Gallo. "El Contrato de Leasing Financiero" Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1979 pág. 38.

No es suficiente la regulación de la compraventa y sus modalidades para abarcar la operación de "leasing". Con el "leasing" se están persiguiendo finalidades distintas a las que se obtienen con la venta. El contrato de compraventa es el negocio fundamental para el tráfico económico; el otorgamiento de plazo para el pago del precio, es una modalidad en su ejecución y no en su formación; la reserva de dominio se utiliza como una garantía para el vendedor a plazo. En cambio, el Leasing involucra en su finalidad los propósitos bien diferentes de las partes. La duración del "leasing" se presenta como un elemento esencial de su formación y por su presencia, las partes han escogido la figura que les permitirá en un futuro, eventualmente, cristalizar una venta. Pretender entender la figura del "leasing" bajo los moldes clásicos de la compraventa, sería como pretender explicarse el arrendamiento de la misma manera.

En algunos países también se predica como una circunstancia negativa para aceptar la regulación de la venta con reserva de dominio como la solución adecuada a la operación "leasing", las dificultades que plantea frente a terceros debido al principio de la "apariencia de propiedad" (7). Según este principio, el vendedor- acreedor del precio aplazado puede resultar perjudicado al no poder reivindicar la cosa del tercero adquirente de buena fe. La Corte de Casación Argentina por ejemplo, negó a fines del siglo pasado todo efecto adquirente, fundándose en la teoría de "la solvencia aparente", que la posesión de la cosa vendida otorgaba al comprador fallido (8).

En Colombia dichos temores no tienen fundamento, pues la reserva de dominio en materia comercial, para que sea OPONIBLE a terceros precisa de un registro mercantil, que si se hace, les es oponible en todo caso.

- b. **CON EL CONTRATO DE ARRIENDO.** Podría pensarse que el contrato de arrendamiento es suficiente para regular la operación

(7) Fernando López Irazano. *Sociedades de Leasing-Estudio Jurídico*. Edición Ministerio de Hacienda. Madrid 1977.

(8) Jorge E. Lavalle Cobo y Carlos A. Pinto. *Leasing Mobiliario Astrea*. Buenos Aires 1982. pág. 33.

"leasing" precisamente por tratarse de un título de mera tenencia, por el cual solamente se concede el uso de la cosa al arrendatario que es también una de las finalidades perseguidas con el "leasing".

Para poder adecuar el arrendamiento clásico a la operación "leasing" se le añaden algunos pactos asesorios, tendientes a llenar las exigencias de los cometidos propios del "leasing". Así se habla de:

1. ALQUILER-VENTA. Según esta figura se entregaría el bien a título de arrendamiento y al finalizar el plazo, la suma pagada se imputaría a un precio de venta de la cosa dada en locación. Se reprocha a esta figura que un contrato no puede ser alquiler y venta a la vez; ni tampoco puede ser arrendamiento y luego convertirse en compraventa. Sería preciso una convención al finalizar el contrato de arrendamiento. Incluso algunos tribunales franceses no dudaron en calificar tal operación como venta de pacto de reserva de dominio simulada. En Gran Bretaña se utilizó la figura con el nombre de "Hite-purchase" al principio del siglo, pero con restricciones a operaciones de menor cuantía.

El alquiler-venta se ha definido así: (9) "es un contrato por el cual un vendedor declara alquilar un objeto un tiempo determinado a un persona, mediando una renta pagable en plazos escalonados, de tal forma que pagando el último vencimiento, la persona hasta ese momento arrendataria, se convertiría de pleno derecho y sin otra entrega en propietaria".

Los prácticos del derecho quisieron observar la figura del "leasing" de la manera anteriormente descrita, dejando la naturaleza del contrato incierta y sujeta a los simples propósitos de los intereses de las partes. El problema para que se aceptase esa fórmula, no obedeció concretamente a la posible simulación que ella implicaba, puesto que en tales circunstancias no tendría nada de ilícito. Fue precisamente la práctica judicial, al momento de tomar decisiones para proteger los intereses de acreedores en los procesos concursales que se adelantaron contra el arrendador o el arrendatario. Los Tribunales españoles definieron la relación jurídica

(9) J. Coillot. El Leasing Editorial Mapfre. Madrid 1979

optando porque se trataba de un contrato de arrendamiento y por tanto, el arrendador era el propietario con todas las consecuencias que ello implica para la masa de la quiebra. Tal solución no benefició en nada a los arrendatarios. El contrato de arrendamiento, por sí solo, es insuficiente para atender a las exigencias de la operación "leasing" y coloca en incertidumbre los derechos del arrendatario, incluso por lo amortizado durante la vigencia del arriendo.

2. ALQUILER CON PROMESA DE VENTA. Por las dificultades que presenta el ALQUILER-VENTA, se sugirió que el "leasing" podía ser regulado por una relación mixta: La de arrendamiento y la de una promesa unilateral de venta o de compra, siendo más propio el esquema jurídico de la promesa unilateral de venta, pues en definitiva es el arrendatario quien tiene la opción de permanecer en el arriendo o de comprar. El perfil que presenta la figura, en legislaciones como la Colombiana sería que la promesa unilateral de venta constituye una OPCION, institución jurídica regulada en nuestra legislación por la ley 51 de 1918 que en su artículo 23 dice:

"La opción impone a quien la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción ni estuviere sometida a un término o a una condición será ineficaz".

"La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse".

"Las partes pueden ampliar o restringir este plazo".

Por tanto podríamos incrustar la operación en la figura del ARRENDAMIENTO CON OPCION DE COMPRA.

No obstante, muchas circunstancias que caracterizan el "leasing", como es la modalidad del precio y del plazo y ante todo, la finalidad buscada por los contratantes con la figura, llevan a pensar que el arrendamiento con opción de compra, tampoco estaría cumpliendo con tales propósitos. El precio "leasing" es más que una simple contraprestación por el goce; y el plazo "leasing", también está vinculado a factores diferentes al simple capricho de establecer un término. En este mismo sentido encontramos opiniones en la doctrina: "desde luego podemos

indicar que el contrato de arrendamiento es insuficiente para explicar la complejidad misma del "leasing", pues de las relaciones entre las partes y de las obligaciones que surgen, puede apreciarse como su desarrollo excede, en muchos aspectos, lo que sería propio de un simple contrato de arrendamiento" (10).

El arrendamiento satisface propósitos muy concretos de los contratantes como son el de conocer el uso y el goce de una cosa, en cambio, con el Leasing se está buscando un mecanismo de financiación para una de ellas. El arrendamiento atenderá las necesidades temporales de una empresa, mientras el "leasing" solucionará de manera permanente el equipamiento de ella.

También con este mismo criterio se pronuncian Lavalle y Pinto (11) cuando advierten: "siendo el renting un contrato de locación común-tradicional no instrumenta una financiación, sino simplemente la prestación de un uso y goce destinados a satisfacer una determinada necesidad del locatario, de carácter transitorio".

Igualmente López Iranzo (12) advierte la diferencia: "Mientras que el LEASING se formaliza en un solo alquiler irrevocable a medio plazo que agota prácticamente la vida útil del bien y soporta su total amortización (salvo valor generalizada y de larga duración, susceptibles de soportar varios alquileres sucesivos a usuarios distintos entre los que se reparte la total amortización del bien".

En conclusión, EL ARRENDAMIENTO CON OPCION DE VENTA es una figura bastante similar al "leasing"; en criterio de algunos tribunales y doctrinantes de otros países ha sido suficiente para su regulación; sin embargo dicha figura ofrece reparos de fondo si nos atenemos a la intención de los contratantes y al fin práctico que se

(10) Carlos Carmona Gallo. Ob. cit. pág. 37.

(11) Ob. cit. pág. 11

(12) Ob. cit. pág. 304

pretende satisfacer con el "leasing". Por ello, tampoco creemos que sea suficiente para regular la operación.

- c. EL "LEASING" COMO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ESPECIAL. Este criterio se ha sostenido en algunos países como Alemania (Miete, art. 535 del BGB), Francia (Ley 64-455), donde se ha diferenciado interpretando las normas reguladoras entre el arrendamiento común y el "leasing" como una locación especial.

En Alemania los Tribunales se han inclinado por sostener la naturaleza locataria del "leasing", pero se ha encontrado dificultad en que acepten algunas cláusulas que es usual incluirlas en estos contratos, como aquella que dispone trasladar los riesgos al usuario. Esto, pues existe en Alemania la ley sobre condiciones generales en los negocios jurídicos (el AGB Gesetz) según la cual, ciertas cláusulas, las llamadas CLAUSULAS INSOLITAS, que se alejan del tipo de operación designado en la fórmula impresa, no pueden ser válidamente incertada en las condiciones generales, cuando el otro contratante no es un comerciante (13).

También en Francia se ha entendido el "leasing como un arrendamiento especial. La Ley 64-455 de 1966, en su artículo primero señala que el Leasing es una locación, disposición que sido interpretada por los Tribunales diferenciando entre arrendamiento común y "leasing".

La Cámara de Apelaciones de París estableció que el "credit-bail" es un contrato de arrendamiento acompañado de una promesa de venta. Terceros interesados desde antes de la vigencia de la actual ley, ya habían provocado decisión judicial en tal sentido, alegando indecisión en la calificación contractual del contrato, solicitaron a los jueces darle su verdadero carácter, desateniendo la calificación dada por las partes y corrigiéndola de manera que no defraude sus derechos. También el Tribunal de la Rochelle declaró frente a la solicitud de un síndico de una quiebra que pedía el rechazo de una acción reivindicatoria de un bien

(13) Mario Giovanoli. *Le Credit-Bail (Leasing) en Europa: développement et nature juridique*, Paris 1980. pág. 278.

dado en "leasing", planteado por la sociedad "leasing", alegando que la existencia de un opción de compra no disfrazaba una venta. En el arrendamiento con opción de compra el arrendador sigue siendo el dueño.

Muchos autores se inclinan por calificar el "leasing" como un arrendamiento especial. CARMONA GALLO (14) señala: "En nuestra opinión, este es un contrato de arrendamiento con opción unilateral de compra".

En Colombia la exposición de motivos del decreto 148 de Enero 30 de 1979, habló de arrendamiento con opción de compra, pero con dicho fundamento no podemos sostener que esté aceptado este carácter del "leasing", pues el texto de la ley se refirió genéricamente "el arrendamiento financiero" o "Leasing", sin más calificaciones.

Es bien parecida la figura del leasing al arrendamiento especial, pero opinamos que tampoco es suficiente y por las mismas razones que expusimos para desechar la figura del arrendamiento común.

- d. "LEASING" como contrato de "REINTING". Estos dos conceptos se suelen confundir en la práctica comercial debido a la similitud de las palabras en la lengua inglesa (To lease = arrendar, To rent = alquilar). Sin embargo, el contenido contractual ofrece jurídicamente una significación distinta, no obstante la similitud etimológica. El "RENTING" se conoce como el alquiler puro a corto plazo, mientras que el "leasing" es una operación a mediano o largo plazo.

Como "renting" se designan operaciones tales como el alquiler de automóviles de turismo a particulares o a empresarios, firmas como HERTZ, DOLLAR, etc., desarrollan este tipo de contratos con sus usuarios. El "renting", a diferencia del "leasing" supone el alquiler del mismo material a distintos usuarios en forma sucesiva; el "renting" supone además una serie de servicios diferentes a la cesión del uso, a cargo de la sociedad arrendadora. El "renting" además, no conlleva opción de compra para el usuario como el "leasing".

(14) Ob. cit. pág. 37

- e. **COMO CONTRATO MIXTO.** Se dice que el "leasing" sería un contrato mixto, significando con ello que no es ni venta ni arrendamiento, sino una figura mixta que contiene algo de ellos y de otros. En opinión de CHAMPAUD, se presentan cinco relaciones jurídicas a saber: 1) Promesa de arriendo, 2) mandato, 3) arrendamiento de cosas, 4) promesa unilateral de venta y 5) eventualmente una venta.

Se pretende con esta denominación señalar que la regulación del "leasing" se efectuaría atendiendo a las disposiciones legales que regulan cada una de las diferentes figuras en su debido momento.

El criterio es interesante, pero nada aporta a la naturaleza jurídica del "leasing". Precisamente lo que dicen los teorizantes del "leasing" como contrato mixto, lo tendrían que decir si aceptasen de una manera más simple y lógica que se trata de un contrato atípico y que su disciplina se establece como la de todo contrato carente de individualidad acusada en la ley.

- f. **LA CESION DE USUFRUCTO.** Según este criterio, la sociedad "LEASING" seguiría siendo la propietaria, pero su derecho estaría desmembrado en favor del tomador Leasing. La sociedad dadora tendría la nuda propiedad y el usuario el usufructo. Los acreedores de cada cual estarían justamente protegidos con los derechos que cada cual conserva sobre la cosa.

La figura propuesta es imaginativa pero, no responde a la finalidad buscada por las partes y su verdadera intención. En el "leasing" se cede el goce de la cosa, a título de mera tenencia. En cambio, en la cesión de usufructo se constituye todo un derecho real en cabeza del titular, lo que nunca se pretende ni se busca con el "leasing".

- g. También se ha querido observar en el "leasing" un contrato de **COMODATO, UN DEPOSITO, UN CONTRATO DE SOCIEDAD.** Son bien claras las diferencias con estas figuras y por ello no merecen mayor comentario. La gratuidad del comodato lo separa de inmediato de la operación "leasing". Con el depósito, la diferencia está en su finalidad; mientras en el Leasing el usuario que recibe los bienes necesita usarlos y para ello se le entregan, el objetivo en el

depósito es la custodia de esos bienes. Y con la sociedad se presenta clara diferencia pues no hay una "affectio societatis".

- h. **EL "LEASING" COMO CONTRATO ATÍPICO.** Nos parece que la mejor concepción del "leasing" la encontramos predicando su atipicidad. De esta manera sabremos a que atenemos para encontrar su justa regulación.

Es cierto que goza de semejanzas con muchas figuras típicas, especialmente el arrendamiento; pero la función económica que cumple la figura, la finalidad buscada por los contratantes y sus especiales características, nos permiten señalar que se trata de un contrato autónomo, complejo y atípico, el cual sirve de apoyo a una operación financiera.

CARACTERÍSTICAS:

Podemos señalar las siguientes características del contrato:

ATÍPICO: Por las razones expuestas en el capítulo anterior.

CONSENSUAL: Como todo contrato atípico, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Sin embargo, debido a su atipicidad, la recomendación de orden práctico es su elaboración por escrito y lo más detallada posible. Después de todo, la disciplina de los contratos atípicos se atiende en primer lugar a las estipulaciones contractuales.

PRINCIPAL: No necesita el contrato de "leasing" de ningún otro convenio u obligación para su subsistencia.

BILATERAL: Como efecto del contrato surgen obligaciones para las partes intervinientes.

ONEROSO: El contrato de "leasing" tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Es también **CONMUTATIVO**, pues a lo que se obliga cada parte se mira como equivalente a lo que debe hacer la otra.

DE TRACTO SUCESIVO: Es un contrato de duración, las partes permanecen vinculadas por un período largo de tiempo, durante el cual surgen obligaciones recíprocas.

DE ADHESION: Las compañías "leasing" mantienen formas preimpresas del contrato "leasing", elaboradas por ellas, a las cuales adhiere el usuario "leasing".

Es también un contrato de COLABORACION.

CLASES DE "LEASING"

Existen varias modalidades de operaciones "leasing". Observemos las principales:

"LEASING" FINANCIERO: Es prácticamente la operación que acabamos de describir. En esta modalidad del leasing interviene una compañía "leasing" ("FINANCIAL LEASING COMPANIES") que adquiere los bienes para sí, por pedido expreso del usuario. Una vez adquiere el equipo deseado, cede el uso del mismo al empresario necesitado, a título de arrendamiento y por un plazo determinado. Una vez se cumple el plazo, tendrá el arrendatario la opción de continuar en el arriendo o de adquirir los bienes por un valor residual.

"LEASING" OPERATIVO: Esta modalidad de "leasing" es practicada por los propios fabricantes para la colocación de sus productos. Fue tal vez la primera de todas las modalidades del "leasing" y la que originó este tipo de operaciones por las dificultades que presentaron los grandes productores de maquinaria para colocar sus productos. Más que una modalidad financiera, se trata de una alternativa que ofrecen a sus clientes al lado de la venta.

Algunos autores califican como una modalidad de "leasing" operativo, el que practican algunas sociedades "leasing" distintas del proveedor, que adquieren los bienes para arrendarlos; circunstancia que

se hace posible por existir un mercado ampliamente demandado y que hace posible estarlos arrendando constantemente (15).

Esta modalidad del "leasing" operativo es practicada por compañías "leasing" especializadas y se caracteriza porque la duración no corresponde a la vida útil de los bienes y el alquiler tampoco se pacta en función del reembolso integral del precio de compra aunque conlleva un concepto por eventualidades. Esta modalidad suele confundirse con el "renting".

"LEASING" DE INTERMEDIACION: En esta modalidad aparece la sociedad "leasing" ("LEASING BROKERS") como mediadora entre proveedores y usuarios. Es un corretaje de "leasing" el que realiza la sociedad, procurando acercar la oferta y la demanda para facilitar la operación "leasing", pero marginándose de la contratación, percibiendo por sus servicios una retribución. La sociedad "leasing" aparece invirtiendo toda su experiencia y conocimiento del mercado, pero no aporta capital.

"LEASING" DE MANTENIMIENTO: Esta modalidad es practicada por compañías de "leasing" especializadas ("SPECIALIZED LEASING COMPANIES"), las que aseguran al usuario, además del goce y financiación del equipo, el mantenimiento y la reparación de los bienes.

"LEASING-BACK": Es una modalidad del "leasing" por ortodoxa, según la cual, la compañía "leasing" compra al empresario sus equipos o parte de ellos y de inmediato celebra con el mismo un contrato de "leasing" y le cede el uso de ellos. Incluso en USA se practica sobre toda la fábrica de un empresario.

Dos cometidos pueden cumplirse con una operación de esta naturaleza: Uno de salvamento, por el cual una empresa cuyo porvenir comercial está asegurado gracias a sus posibles ventas, pero que debido a la falta de liquidez se ve amenazada; el "lease-back" sería una fórmula

(15) Sergio Rodríguez Azuero. "Contratos Bancarios". Biblioteca Felaban. Bogotá. 3a. Ed. 1985. pág. 500.

para poder pagar sus acreedores y continuar con su operación, facilitando transformar sus inmovilizaciones en fondos disponibles (16). Otro cometido, sería facilitar la expansión económica de la empresa, utilizando sus propios equipos para lograr la liquidez necesaria. Todo ello supone la madurez psicológica para que el empresario pueda adaptarse a la idea de que sus bienes pasen a propiedad de otra sociedad; como antes lo observamos lo importante es el uso y no el dominio de los bienes.

“LEASING” INMOBILIARIO

Si atendemos a la clase de bien que necesita el empresario, se distingue entre el LEASING MOBILIARIO y el LEASING INMOBILIARIO.

Tradicionalmente se habla de “leasing” mobiliario y la operación aparece en el mundo económico precisamente para atender a la necesidad de este tipo de bienes.

Sin embargo, pronto se piensa en la posibilidad de utilizar la figura para necesidades de tipo inmobiliario que también se presentan al empresario.

La operación “leasing” puede servir también para atender necesidades de inmuebles en la actividad comercial o industrial; incluso para consultorios u oficina de profesionales. No se admite que sirva para llenar las necesidades de vivienda, pues no encuadraría en su filosofía y su historia, que es la de servir como alternativa para el equipamiento de las empresas.

En la legislación española, se excluye la posibilidad de la financiación por “leasing” inmobiliario de unidades de vivienda; lo mismo sucede con el caso del Reino Unido y de Alemania. Sin embargo, en países como Egipto, las entidades encargadas de la financiación de la vivienda popular masiva, utilizan el “leasing” como herramienta de

(16) J. Coillot. “El Leasing”, Ed. Mapfre. España. 1979. pág. 186.

adjudicación forzando así a los adjudicatarios a desarrollar unas conductas tendientes al perfeccionamiento y saneamiento de la cartera de estas entidades.

Esta modalidad se ha venido desarrollando principalmente en el centro de Europa. En Francia, la ley del 2 de Julio de 1966, que regula las operaciones "leasing" señala: "Las operaciones de alquiler de bienes de equipo, de material de utillaje o de bienes inmobiliarios de uso profesional, especialmente comprados con vistas a este alquiler por parte de las empresas que permanecen propietarios de los mismos, cuando estas operaciones, sea cual sea su denominación, dan al arrendatario la facultad de adquirir todo o parte de los bienes alquilados, mediante un precio convenido, teniendo en cuenta, por lo menos en parte, de las entregas efectuadas a título de alquileres". En España, el Real Decreto de 31 de Julio de 1980 admite junto con lo que era el objeto normal en el Real Decreto Ley de 25 de Febrero de 1977, la realización de operaciones "leasing" inmobiliarias.

En Colombia, de la misma manera que es posible la operación "leasing" mobiliaria en general, es posible la operación "leasing" inmobiliaria. Se trata de un negocio jurídico lícito, que no atenta contra el orden público o las buenas costumbres, por tanto, puede ser celebrado en ejercicio de la autonomía privada.

La aplicación en nuestro país ha sido objeto de densos estudios y varias compañías interesadas han llegado a la conclusión de la inexistencia práctica de líneas de crédito para oficinas, bodegas y locales comerciales por parte de intermediarios financieros y de allí han concluido la no viabilidad momentánea para introducir el sistema. Desde el punto de vista tributario consideran que ya están dadas las bases para que Colombia inicie el "leasing" inmobiliario como herramienta alternativa en la financiación de bienes raíces, edificaciones vinculadas a la producción, comercio, ejercicios profesionales, etc.

Acoplando la definición de "leasing" inmobiliario es un sistema de financiación que consiste, en la formalización de un contrato específico en virtud del cual una de las partes, la sociedad de arrendamiento financiero, previa designación y especificación concretada y detallada de la otra parte para la adquisición de un bien inmueble, cede a ésta, el uso

de tal bien inmueble a cambio de una retribución periódica, por un plazo determinado, otorgándose al tomador una opción para permanecer en el arriendo o para comprar el bien.

Se observa en la definición las características propias de la disciplina del "leasing":

- a. Un bien inmueble que escoge el tomador, pero que compra la sociedad dadora en "leasing".
- b. El bien se alquila por un plazo. El precio del alquiler conlleva la amortización del bien, por tanto, el plazo del "leasing" deberá ser lo suficientemente amplio para que permita tal amortización a la vez que la empresa pueda atender a sus necesidades y al pago de dicho alquiler, conservando un margen de beneficio.

Como puede observarse, la fórmula financiera para el "leasing" inmobiliario es mucho más complicada que del "leasing" mobiliario. Sus plazos suelen ser mucho mayores; mientras en el "leasing" de muebles van desde dos o tres años hasta 10 años más o los 30. También esta especie de "leasing" está sometida a una serie de eventualidades; si bien la construcción se deprecia, el lote por el contrario aumenta su valor y por muchas circunstancias valorizarse considerablemente. En casi todos los centros urbanos, lotes que antes eran industriales se convierten en lotes urbanizables aumentando manifiestamente su valor.

Estas circunstancias influyen necesariamente el valor que tendrá el bien al momento en que el tomador ejercite el derecho de compra al finalizar el plazo "leasing".

En el "leasing" mobiliario la colaboración que se hacen el tomador y el dador "leasing", va encaminada a que el primero pueda poseer el bien y utilizarlo en su empresa, mientras que el segundo realiza una finalidad financiera, importando poco la opción de compra que se tiene al final, pues la maquinaria se ha despreciado y adquiere cierto grado de obsolescencia; es decir, el uso aventaja la propiedad (17). No sucede lo mismo en el

(17) Coillot. Ob. cit. pág. 219

"leasing" inmobiliario, donde el valor final del inmueble adquiere por la valorización especial importancia.

Observemos unas notas muy propias que supone el "leasing" inmobiliario:

- a. Es bastante considerable la inversión que se requiere para adecuar el inmueble para una fábrica y solamente se puede recuperar en el largo plazo. Durante este plazo esa inversión va a estar sujeta a los riesgos de la inflación. Por ello, las fórmulas financieras indican que el usuario disponga por lo menos del 10% ó 15% de la inversión destinados a la adquisición del terreno.
- b. Se hace aconsejable constituir una sociedad inmobiliaria, para que sea la titular del dominio del bien.
- c. El estudio sobre la empresa del usuario deberá ser minucioso, pues su quiebra ofrece un riesgo bastante peligroso.

Las sociedades con experiencia en el "leasing" inmobiliario realizan sus operaciones de la siguiente manera:

Caso de la sociedad francesa LOCAMUR:

- a. Constituye con el tomador una sociedad donde aquel participa en el capital de un 10% y ésta con un 90%.
- b. La sociedad constituida, compra el terreno sobre el cual será construido el edificio. Si ya era del tomador, éste lo da en arriendo por 20 ó 30 años.
- c. Se firma una promesa de arriendo relativa al uso de los locales entre la sociedad y el futuro arrendatario. La sociedad constituida financia la construcción del edificio.
- d. La sociedad "leasing" LOCAMUR recibe comisión del 3% del precio de costo de toda la operación.

- e. Durante el período de alquiler, también recibe remuneración anual como gerente estatutario de la sociedad constituida con el tomador. Remuneración que está incluida en los alquileres.
- f. La edificación se construye con préstamos que hizo la sociedad "leasing" LOCAMUR. Esas construcciones se arriendan por un período de 15 a 20 años al tomador. Este cañón es del orden del 10.5% del capital invertido por LOCAMUR (que a su vez es del 75 al 80% de la inversión total) se añade al precio el valor de las comisiones y el precio de recompra el final del contrato de las acciones o cuotas en la sociedad constituida con el tomador.
- g. Como garantía del pago de arriendos se da en prenda las participaciones en el capital de la sociedad leasing, se levanta la prenda y la sociedad constituida pasa al control del tomador.

LEVERAGED "LEASING"

Los orígenes de esta modalidad de "leasing" se remontan al año de 1873, cuando las compañías ferroviarias de Pensilvania la utilizaron como herramienta para la financiación del material rodante.

El "LEVERAGED LEASING" traduce arriendo apalancado y posibilita al inversionista para realizar beneficios económicos plenos derivados de la propiedad de bienes de capital, manteniendo un riesgo muy pequeño sobre sus costos actuales.

En esta clase de "leasing" el industrial que requiera, por ejemplo, bienes de capital por valor de \$20.000.000, con una inversión del 20% de su propio dinero puede lograrlos, tomando el resto prestado, de uno o más inversionistas-prestamistas que aceptan recibir como contraprestación el reparto proporcional de las rentas producidas por el arriendo leasing de los equipos y en caso de incumplimiento o quiebra del tomador-"leasing" el dinero resultante de la venta de tales equipos. Mientras que el industrial resultante de la venta de tales equipos. Mientras que el industrial invierte solamente el 20% del capital, obtiene los beneficios fiscales calculados sobre el 100%.

En los Estados Unidos, desde 1954 se viene desarrollando esta figura vinculada a la figura del contrato de "TRUST". Para el desarrollo de la figura en Colombia se podría conectar la figura al contrato de FIDUCIA MERCANTIL.

"CROSS BORDER LEASING"

Es el "leasing" a través de las fronteras. Consiste en que un arrendador propietario de equipo en un país determinado arrienda su equipo a un arrendatario que realiza operaciones similares en otro país, obteniendo beneficios en el manejo de las importaciones, lo mismo que incentivos fiscales por depreciación, etc., que reciben los propietarios de esos equipos.

La figura es de gran importancia para la economía mundial al punto que es recomendada por autoridades monetarias internacionales como herramienta indispensable para facilitar la dotación de bienes de capital a los países en vía de desarrollo que, no tienen la capacidad suficiente para realizar grandes desembolsos de divisas para la adquisición de bienes de capital de contado. Otras conveniencias desde el punto de vista económico son: - Permite la promoción del comercio internacional entre los países; - da beneficios de flujo de caja a los proyectos financieros en todo el mundo; - es una herramienta flexible para mitigar los problemas de estrechez de reservas internacionales, derivados de las balanzas de pago y balanzas cambiarias en un determinado país.

El artículo 218 del Decreto 2666 de 1984 prevee la posibilidad de la importación de bienes de capital amparada bajo un contrato de arrendamiento financiero o "leasing".

"LEASING" EN SINDICACION

Por esta vía, varias sociedades "leasing" se unen para la adquisición conjunta en común y proindiviso de la propiedad de uno a más equipos que serían arrendados con opción de compra a uno o más arrendatarios para llevar a cabo un proyecto determinado. Se presenta la necesidad de este tipo de "leasing" para poder llevar a término grandes proyectos industriales, como la explotación de campos petroleros, etc.

DEFINICION DEL CONTRATO

De acuerdo a las diferentes modalidades que puede asumir la operación "leasing", podrían darse distintas definiciones de lo que es el contrato. Para ilustrar el punto nos concretamos en la definición del contrato de "leasing" financiero, por ser esta operación la más generalizada en todas las diferentes clases que permite la fórmula.

El contrato de "leasing" financiero, es un convenio atípico, de colaboración entre empresas, por el cual una parte denominada la sociedad "leasing" concede a otra parte llamada el tomador el uso y el goce de un bien, el cual fue adquirido por la primera a instancias de la segunda y para efecto de su posterior acuerdo, recibiendo como contraprestación un precio y otorgando a la tomadora la posibilidad de adquirir el bien una vez terminado el plazo o de continuar en el uso y goce.

De la anterior definición destacamos las características siguientes:

- a. En este contrato aparecen fundamentalmente dos partes: la sociedad leasing que se denomina también la "dadora leasing" y la sociedad usuaria "leasing" llamada también tomadora "leasing".
- b. La titularidad de los bienes objeto de la operación "leasing" continúa en cabeza de la sociedad dadora durante el contrato; la tomadora solamente tendrá la mera tenencia de esos bienes. Se trata de un contrato por el cual solamente se confiere la mera tenencia de los bienes.
- c. Es un contrato en el cual debe señalarse un plazo, durante el cual deberá pagarse el precio "leasing". Ambos conceptos, plazo y precios, tienen un significado especial en la operación "leasing".
- d. Al vencimiento del plazo estipulado en el contrato surge para el tomador "leasing" una alternativa: para continuar en el uso y goce de los bienes a título de mera tenencia, variando considerablemente el precio; la de adquirir dichos bienes en propiedad; o la de regresarlos a la sociedad dadora.

Observemos el contenido de algunos de los conceptos aparecidos en la enunciación de las anteriores características, que constituyen importantes ELEMENTOS del contrato:

La sociedad "leasing". Las compañías de "leasing" son sociedades comerciales en cuyo objeto social está contemplada como actividad principal la celebración permanente de operaciones de leasing o arrendamiento financiero. Cualquiera de las formas sociales podrá servir de estructura a una empresa "leasing", pero, por razones lógicas de su actividad y crecimiento esperado, la más recomendable es la forma de la anónima.

En el caso colombiano, de acuerdo con el decreto 3039, las sociedades "leasing" están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria; por tanto, requieren de permiso de funcionamiento para poder operar como tales. También, como efecto de esta intervención todas sus operaciones y sus estados financieros están sometidos al riguroso control del Estado para verificar su conformidad con las normas legales sobre la materia.

La intervención del estado en este tipo de sociedades se justifica por la seguridad que se da a los usuarios a fin de mantener en este tipo de contratos el equilibrio entre la fuerza económica especializada y las personas que precisan de ella.

El Decreto 148 de 1979 autorizó a las Corporaciones Financieras para adquirir y mantener acciones en sociedades anónimas cuyo objeto social consista en realizar operaciones de arrendamiento financiero.

Como todas las sociedades, las que se dedican a las operaciones "leasing" tiene señalado en sus estatutos sociales un término de duración. Es importante observar al momento de contratar con una compañía "leasing", que el término de duración sea suficiente para poder celebrar un contrato "leasing" por una duración por lo menos igual o menos.

La capacidad de estas sociedades se restringe hacia todas aquellas operaciones relacionadas con su objeto social y por tanto, podrán realizar operaciones "leasing" en cualquier modalidad. La operación "leasing" es esencialmente creativa y sujeta permanentemente a fenómenos de

innovación y en este sentido debe interpretarse la ingerencia del Estado en la vigilancia de este tipo de sociedades. Tratar de encasillar la operación o de regularla en extremo equivaldría a prohibirla o constreñirla.

La cosa objeto de contrato. Los bienes sobre los que puede recaer el objeto del contrato leasing son todos aquellos medios materiales de producción que integran el equipamiento de las empresas o, como lo señala la ley francesa (ley 2/7/66), los bienes de equipo, material industrial o utillaje e inmuebles de uso profesional. Se requiere que sean bienes determinados o determinables pudiendo referirse a bienes futuros todavía no elaborados, siempre que estén suficientemente especificados.

El "leasing" se diferencia de los demás mecanismos de financiación, entre otros criterios, por los bienes que pueden ser objeto de la operación, que son solamente una clase de bienes, calificados económicamente como bienes de equipo o de capital, los cuales no figuran en ninguna de las tradicionales categorías jurídicas para distinguir los bienes.

Por tener el concepto de bienes de equipo un contenido meramente económico, se presenta la necesidad de precisar su alcance, pues una cosa puede ser bien de equipo para una persona y no serlo para otra.

En un sentido amplio, bienes de equipo serían todos aquellos que equipan al empresario, incluidos los automóviles utilizados para el desempeño de la actividad.

Algunos autores como Vidal Blanco en España (18) opinan que es lógico circunscribir el leasing a los bienes de equipo, por considerar que es constitutivo de la esencia del leasing y su misma razón, el que el bien, directa o indirectamente, se autofinancie, cualidad de la que, por regla general, no gozan los llamados bienes de consumo.

Discrepamos de la anterior opinión, ante todo, por ser atípico el "leasing" en nuestro medio. Si no lo hace la ley, está vedado al intérprete

(18) Ob. cit. pág. 217

establecer requisitos esenciales. Además se trata de una circunstancia meramente económica, extrajurídica, irrelevante para calificar el soporte material del contrato. En este mismo sentido la opinión de Lavallo Cobo-Pinto (19) cuando señalan: "Por nuestra parte, no consideramos que el principio llamado 'pay as you earn', por el cual se sostiene que el bien objeto del leasing debe autofinanciarse, o sea, generar las utilidades para el pago de sus costos de arrendamiento, sea esencial en el contrato".

Barreira Delfino (20) en la Argentina expresa su concepto sobre los bienes que pueden ser objeto del "leasing" así: "aquellos bienes corporales, de naturaleza mobiliaria, comerciables, cuya función radica en participar en la mejora o desarrollo de las empresas industriales o comerciales". Prácticamente coincide con el concepto de bienes de equipo al que hemos hecho referencia.

En la Argentina, existe una definición legal sobre bienes de capital (21) que es ilustrativa para el punto que venimos discutiendo; dice así: "Todos los elementos que intervienen en el proceso productivo, sin sufrir transformaciones ni extinción en el curso del mismo, ni constituir un componente del bien producido".

Los bienes objeto del "leasing" deben ser NO FUNGIBLES, es decir, que no puedan ser reemplazados con otros en el cumplimiento de la obligación. Si se tratase de bienes fungibles, no estaríamos en presencia del "leasing", sino en otra figura diferente, tal vez un mutuo.

Pueden consistir en algunos bienes inmateriales, como marcas, patentes, etc. No hay razón para que en este tipo de bienes que son susceptibles de usarse en la actividad empresarial, no puedan ser el objeto de "leasing".

(19) Ob. cit. pág. 91.

(20) Citado por Lavallo Cobo - Pinto, ob. cit. pág. 92.

(21) Dto. 413/74, Reglamentario de la ley 20.557.

El precio. La contraprestación propia del arrendatario por la utilización del bien la constituye el pago del precio que se fija en el contrato.

El precio es un elemento esencial del contrato de "leasing", al punto que, sin precio no puede haber "leasing". Parecería paradójico que siendo el "leasing" un convenio atípico, no regulado en la ley, estemos afirmando que uno de sus elementos es de la esencia, cuando las cosas de la esencia las señala la ley. Pero sucede, que a pesar de la atipicidad del contrato, no le podemos negar su origen en la práctica mercantil y precisamente la costumbre, tiene la misma fuerza de la ley mercantil. Su mercantilidad está señalada expresamente por tratarse de un negocio oneroso por esencia y que reporta utilidad para ambos contratantes. Con este perfil surge el "leasing" en la práctica mercantil y así debe mantenerse.

No consiste en un precio corriente, como el que se paga en los contratos de arrendamiento. El precio leasing comprende varios conceptos, por los cuales está pagando el usuario "leasing", a saber:

- a. Una amortización del precio de adquisición. La compañía "leasing" realiza una inversión para comprar el bien, que sería amortizada por el usuario durante el plazo inicial del "leasing".
- b. Los intereses que debe producir el capital invertido por la sociedad "leasing" para la adquisición del bien.
- c. Los costos y rendimientos ordinarios que debe tener la sociedad dadora por su operación en relación a ese bien.

Puede observarse que los diferentes conceptos que integran el precio en el "leasing" encarecen considerablemente su costo, en relación por ejemplo a una venta a crédito.

El plazo "leasing". La duración del contrato de leasing está estrechamente vinculada a la capacidad operativa de la empresa tomadora y al tiempo que se requiere para amortizar el precio del bien; de tal manera que si se ejercita la opción de compra se pueda efectuar dicha transacción por un valor residual. El buen resultado del "leasing" como mecanismo de financiación consiste en encontrar el plazo preciso tanto para el bien

como para la empresa tomadora; de forma que la empresa tomadora pueda cancelar sus obligaciones "leasing" con la rentabilidad de su propia actividad, conservando además los márgenes lógicos para sus propios beneficios.

La naturaleza del "leasing" hace que la duración del contrato se aproxime a la vida útil estimada para el bien en el momento de su celebración (22). Así debe ser, pues el objeto del contrato es conceder el uso y goce de un equipo y no es posible conceder el uso y goce por más tiempo de la vida útil del bien.

Sin embargo, el concepto de "vida útil" de un bien es relativo y está sujeto a muchas variaciones. Algunas ocasiones resulta en la práctica mucho menor la vida útil de un bien sobre la que se le proyectaba, como los equipos que se tornan obsoletos; o al contrario, el bien puede seguir utilizándose después de terminarse su amortización fiscal sigue en uso siendo económicamente rentable.

Muchas legislaciones regulan la duración del contrato de "leasing" disponiendo que ésta debe ser inferior al plazo de vida útil del bien.

El concepto de "vida útil" de un bien hay que referirlo necesariamente al criterio fiscal y no al real. Podríamos decir que la vida útil es el período de tiempo durante el cual un bien extingue su valor contabilizado mediante la realización de amortizaciones.

Errar en plazo "leasing" equivale a condenar al fracaso el mecanismo de financiación buscada. Si la empresa no obtiene los rendimientos suficientes para amortizar el valor del capital se va a estrechar financieramente colocándose en un verdadero peligro que la llevará a incumplir este y otros compromisos.

Por último, debemos advertir como característica del contrato "leasing", el ser un contrato de duración. No habría "leasing" sin un plazo

(22) Lavalle-Pinto. Ob. cit. pág. 107.

vinculado a la vida útil del equipo. Como tal es susceptible de aplicarse la teoría de la imprevisión en ciertos casos.

FORMA DEL CONTRATO

El contrato de "leasing", como convenio atípico que es, no tiene establecida en la ley ninguna forma contractual y por tanto, se aplica el principio general que impera para la negociación mercantil, que es de la consensualidad (23).

Sin embargo, dada su característica de ser un convenio atípico, es recomendable para negocios de tal naturaleza extender el contrato por escrito a fin de tener en dicho convenio formal una viabilidad probatoria y reguladora de lo que debe ser la relación entre las partes.

Importante para la seguridad del tráfico económico sería establecer un registro para el "leasing", que podría ser el mercantil en caso de "leasing" mobiliario y el registro en la oficina de registro de instrumentos públicos si se trata de inmuebles. El registro se establecería para fines de publicidad a terceros, quienes se podrían dar exacta cuenta de la situación real del patrimonio de quienes detentan bienes dados en "leasing".

ASPECTOS PRECONTRACTUALES

En el "leasing" financiero, la sociedad "leasing", no mantiene un stock de bienes ni material de equipamiento para las empresas necesitadas de esta clase de operaciones. Por lo tanto, la iniciativa de comprar estis bienes proviene del usuario y promitente tomador que es quien se encarga de su escogencia y de su señalamiento y una vez lo cumpla la sociedad "leasing" procede a adquirirlos y a celebrar el contrato "leasing".

Surge la necesidad de observar en qué momento se celebra el contrato; si en el momento en el cual la empresa "leasing" da en arrendamiento financiero los bienes al tomador otorgándole la opción de mantener el arriendo o de comprarlos a la terminación del contrato; o si

(23) Art. 824 del Código de Comercio Colombiano.

comienza mucho antes en etapa anterior cuando el usuario acude buscando el servicio de financiación por el sistema "leasing".

Opino que las dos fases pueden desligarse para una mejor comprensión de las situaciones jurídicas que entran a jugar entre las partes.

Indudablemente el "leasing" tiene su etapa precontractual en la cual hay un usuario que señala los bienes que desea tomar. Sería ilusión pensar que la empresa "leasing" procediese a la adquisición sin tener la seguridad de que ese usuario solicitante va a celebrar un contrato leasing. Por ello se hace indispensable hacer tratos precontractuales preliminares o preparatorios. Podría ser uno de ellos la firma de una promesa de contrato "leasing"; o también celebrando el contrato de una vez y más bien comprometiéndose a una entrega espaciada permitiendo a la sociedad leasing la adquisición del bien.

El deber de buena fe se impone de manera especial para quienes pretenden celebrar una operación "leasing". Solicitar el servicio, procurar que la compañía "leasing" adquiriera los bienes para luego retirarse y no celebrar el contrato, sería un manifiesto acto de mala fe en la etapa precontractual del negocio jurídico.

En la etapa precontractual podemos observar varios momentos:

- a. La solicitud que formula el posible tomador dirigida a la sociedad "leasing" en la cual manifiesta su deseo de adquirir equipo para su empresa y que además desea utilizar la operación "leasing".

Esta solicitud no es una oferta estrictamente hablando ni tampoco tiene ninguna fuerza vinculante para la sociedad "leasing"; es simplemente poner en marcha un trato precontractual que posiblemente podrá terminar con la contratación "leasing".

- b. Contacto con el proveedor. Un segundo momento será establecer contacto con el proveedor del equipo requerido por el futuro tomador. La negociación con el proveedor puede ser adelantada por el mismo usuario quien escoge el equipo y determina sus características; pero el contrato de compraventa de ese equipo lo

concluirán el proveedor y la sociedad "leasing". También puede ocurrir que la sociedad "leasing" directamente concerte el contacto con el proveedor y proceda directamente a concretar la negociación "leasing". Es indiferente cuál de las dos vías se escoja y estamos convencidos que esta operación de compraventa del equipo no es parte del contrato "leasing" como algunos han pretendido incluirla.

En la práctica comercial es usual que las compañías "leasing" exijan al usuario traer una documentación proforma emitida por el fabricante proveedor de los equipos. Esa documentación proforma contiene una oferta de venta donde se detallan el precio, forma de pago y las demás condiciones del negocio de compraventa a celebrarse sobre el determinado material.

Alrededor de este punto, tratando de disciplinar la relación jurídica que se presenta entre el usuario y la compañía "leasing" en ese momento, surgen en la doctrina diferentes criterios: algunos hablan de la oferta irrevocable señalando que eso es precisamente lo que vincula a la proveedora con la compañía; también hablan de la estipulación por otro queriendo ver en esa documentación proforma una regulación o un encuadramiento en esta clase de gestiones. La verdad es que en este caso el tomador no está suscribiendo ni formalizando nada, al contrario de lo que ocurriría en el evento de la estipulación por otro. Otros hablan de un poder de representación conferido al futuro usuario para que leija el material y proceda a concertar las condiciones de su adquisición. Criterio que también es bastante discutible porque el futuro usuario no cumple ningún negocio jurídico para la sociedad "leasing", sino, simplemente procura que la proveedora le haga una oferta a la sociedad "leasing". Otra concepción trata de observar que es la compañía "leasing" la que actúa como mandataria y el mandato lo habría otorgado el futuro tomador; la compañía "leasing" al comprar el equipo estaría actuando como mandataria del futuro usuario. Esto iría contra la naturaleza misma de operación donde la compañía "leasing" va a comprar para sí y no para el usuario. Otros tratan de ver que es una simple orden de compra dada por el usuario. Otros tratan de ver que es una simple orden de compra dada por el usuario; tampoco es clara esta situación pues el usuario no está comprando nada ni para sí ni para nadie, el usuario simplemente está interesado en una operación "leasing" y acude a buscar la información que quiere a fin de llevar a término su deseo.

En realidad se trata, en nuestra opinión, de tratos preliminares encaminados a preparar el contrato "leasing" que se va a celebrar en un futuro. Indiscutiblemente se puede presentar una oferta si se reúnen las condiciones y requisitos de tal, la que estaría dirigida por el proveedor a la firma "leasing", oferta que se disciplinará por todas las normas propias de la materia y por tanto no obligaría a la sociedad "leasing" a tener que aceptarla; obligaría al oferente proveedor a respetarla, pero repetimos, en nuestra opinión, son simples tratos preliminares encaminados a preparar el camino para la contratación "leasing".

Connotados autores como el profesor SERGIO RODRIGUEZ AZUERO (24) sitúan para fines didácticos la escogencia del material, como una de las obligaciones a cargo del arrendatario y advierte que esta posibilidad que tiene el arrendatario distingue al "leasing" del "renting", en donde es forzoso escoger el material dentro del stock en poder de la sociedad arrendadora.

- c. Agotada esta etapa preliminar, determinada la mercancía y estando acordes en la oferta y en los términos que han de imperar en el contrato, viene la celebración del negocio "leasing", y es el momento donde se formará propiamente el contrato.

OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES

A. Obligaciones de la dadora "leasing"

Observemos las obligaciones a cargo de la sociedad arrendadora como efecto resultante de la celebración del contrato:

1. **ADQUIRIR EL BIEN DEL PROVEEDOR.** Una vez se celebra el contrato de "leasing", lo primero que deberá cumplir la sociedad "leasing" será adquiriendo la propiedad del bien que será entregado en arrendamiento al usuario, del proveedor escogido. Seguramente en la etapa preliminar del contrato ya se presentó una definición sobre el bien y el posible proveedor. Advertimos que la sociedad

(24) Rodríguez Azuero, Sergio. Ob. cit. pág. 502.

debe adquirir el bien en propiedad, no le basta obtener del mismo la mera tenencia, pues el contrato "leasing" dará al usuario- arrendatario la opción de poder adquirirlo al vencimiento del término y dentro del precio que el paga por arrendamiento, se incluye la amortización del valor del bien, motivos que hacen indispensable la facultad dispositiva plena del bien en cabeza de la sociedad arrendadora.

Si la sociedad "leasing" no cumple con la obligación de adquirir los bienes que se precisaran para continuar con la operación leasing, su conducta hará imposible la continuación de aquella.

Generalmente la sociedad "leasing" cede su posición en el contrato de compraventa que celebra con el proveedor, a fin de que éste proceda a cumplir con la entrega y el saneamiento en favor del usuario "leasing". Con esta cesión en favor del usuario para recibir los bienes comprados al proveedor, la sociedad arrendadora cumple con su obligación de entregar los bienes al usuario.

2. **ENTREGAR LOS BIENES.** Es finalidad primordial del contrato que el usuario "leasing" reciba los bienes objeto el contrato. Una vez adquiridos esos bienes por la sociedad "leasing" debe proceder a su entrega inmediata al tomador, obligación que podrá cumplir de manera física o material o simbólicamente, cuando dispone que el proveedor cumpla a su vez con la obligación de entregar los bienes en cabeza del usuario directamente.

Lo normal en el "leasing" financiero, no en otras modalidades como en el operativo, es que la sociedad "leasing" quiera desentenderse de los bienes que van a ser objeto del contrato. El proveedor tiene una obligación para con su compradora que es la de entregar la cosa vendida, pero a su vez, ésta tendrá la obligación con el tomador de entregarle los bienes objeto del leasing; pues se simplifica el camino, sustituyendo la obligación de la sociedad leasing frente al usuario, por el derecho que esta tiene de exigirle al proveedor la entrega de lo comprado.

3. **GARANTIZAR EL GOCE DEL BIEN.** Como todo arrendador, la sociedad "leasing" está obligada a garantizar el goce del bien para el arrendatario durante la duración del contrato "leasing". Sin embargo, muchas de las subobligaciones en las que se escindiría la que estudiamos, se ven desplazadas o al proveedor o al mismo usuario. Por ejemplo, la obligación de mantener la cosa en estado de servir para el fin que fue arrendada, obligaría al arrendador a realizar todas las reparaciones necesarias en ella, sin embargo es una carga que se desplaza al usuario desde la celebración del contrato, en virtud de la inserción de una cláusula expresa. La obligación de saneamiento de los vicios redhibitorios, también se coloca en cabeza del proveedor, a quien se advierte que deberá cumplir con esta obligación que le compete como vendedor directamente en favor del usuario "leasing".

No obstante, es preciso tener de presente que el arrendador es la sociedad leasing y dentro de su esfera de responsabilidad contractual debe responder frente al usuario por la cesión del goce del bien durante la duración del contrato.

4. **OBLIGACION DE CONSEJO Y ASESORIA.** No podemos olvidar que toda la relación contractual se asienta sobre una obligación de consejo y asesoría que la sociedad "leasing" ofrece en la etapa precontractual a la tomadora. Este criterio es definitivo para la interpretación del contrato y la comprensión de las demás obligaciones a cargo de la dadora.

B. Obligaciones del usuario "leasing"

Cuando nos referimos al período precontractual del "leasing", advertimos que el interesado-usuario debía escoger los bienes y procurar una oferta dirigida por el proveedor a la sociedad "leasing". Esta actividad la consideramos preparatoria para el contrato, pero no implica una obligación que surja del mismo, por el contrario, es una gestión que cumple el interesado en ser tomador de "leasing" con anterioridad a la celebración del contrato.

Las obligaciones del tomador "leasing", surgidas con ocasión de la celebración del contrato son las siguientes:

1. **PAGAR LA RENTA O PRECIO DEL "LEASING"**. Advertimos al momento de analizar la definición del contrato y estudiar sus elementos, que el precio es un elemento esencial del contrato y que constituye la prestación propia a cargo del tomador.

Es propio de la naturaleza del "leasing" que el precio se pague por períodos, generalmente mensuales que permitan utilizar el rendimiento propio del bien para atender a su pago.

El precio deberá pagarse en el lugar estipulado en el contrato y a falta de estipulación en el lugar del domicilio del acreedor al tiempo del vencimiento. Si el lugar es diferente al domicilio que tenía el acreedor al momento en que se celebró el contrato y, por ello resultaría más gravoso su cumplimiento, el deudor podrá hacer el pago en el lugar de su propio domicilio, previo aviso al acreedor. Llegamos a esta conclusión por no existir norma expresa aplicable en el contrato "leasing" y por tanto, rige el precepto general que se establece en el artículo 876 del Código de Comercio para las obligaciones mercantiles.

El incumplimiento de la obligación del tomador en el pago de la renta periódica da lugar a algunos problemas sobre la relevancia que tenga o no dicho incumplimiento para dar por terminado el contrato. Dos advertencias son necesarias antes de llegar a alguna conclusión: la primera es que el "leasing" es un convenio bilateral de colaboración y no es lógico que el más leve incumplimiento dé lugar a la terminación del contrato, y la segunda es que no existiendo regulación expresa sobre la materia, es preciso acudir a la analogía de situaciones semejantes en la legislación Mercantil o Civil.

El artículo 2035 del Código Civil señala que no estará el arrendatario en mora de cumplir su obligación, sino cuando ha sido constituido en mora, para lo cual se precisa de la mora en el pago de un período entero, de dos reconveniones entre las cuales medien a los menos cuatro días, y que pase un mes dentro del cual pudiera evitar la terminación del contrato el arrendatario, pagando o prestando seguridad suficiente de que verificará el pago dentro de un plazo razonable.

Por otro lado, la legislación mercantil colombiana establece para el contrato de suministro, que como el "leasing" es bilateral, de

colaboración y de duración, que no basta para hacer cesar el contrato cualquier incumplimiento, es indispensable que ese incumplimiento lleve a concluir que la parte no estará en condiciones de atender su prestación en el futuro.

También el artículo 873 del Código de Comercio Colombiano, refiriéndose al pago en general, dispone en su párrafo tercero que en los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación sólo será exigible en proporción a la contraprestación cumplida, sin perjuicio de que la caución cubra el total de la obligación sólo será exigible en proporción a la contraprestación cumplida, sin perjuicio de que la caución cubra el total de la obligación.

Con todos estos presupuestos podemos inferir claramente que el mero incumplimiento del pago de la prestación periódica no da lugar a la terminación del contrato. Para la contratación mercantil quizo el legislador que el incumplimiento con relevancia para dar por terminado el contrato fuese un incumplimiento grave que lleve a pensar en la imposibilidad de que el dador continúe en el futuro atendiendo sus obligaciones. Por ello, consideramos que la aplicación analógica de la norma establecida para el arrendamiento civil en el artículo citado, es perfectamente compatible con el leasing e idónea para llenar el vacío en su regulación.

2. **DAR A LOS BIEN EL USO ADECUADO.** El usuario debe dar a los bienes que recibe el uso adecuado y velará por la conservación de los mismos.

El derecho a usar la cosa no es ilimitado para el usuario; es más, se encuentra encuadrado dentro de ciertos límites. Ese goce se deberá sujetar a los términos del contrato; pero sinada se conviene en el contrato sobre la utilización del bien, la utilización deberá ajustarse a la presunta intención de los contratantes y al natural destino de la cosa. En este aspecto consideramos que es perfectamente aplicable la disposición imperante para el contrato de arrendamiento, contenida en el Código Civil Colombiano, en el artículo 1996.

El usuario no puede cambiar el uso del bien que le es propio de acuerdo a su naturaleza, a los imperativos técnicos y a su función profesional.

3. **CONSERVAR DEBIDAMENTE LA COSA.** El contrato de "leasing" beneficia a ambos contratantes y por tanto, responde en el cuidado de la cosa hasta la culpa leve.

El incumplimiento de esta obligación de conservación hace responsable al tomador de los perjuicios que con su conducta ocasiona e incluso da lugar a que la sociedad leasing pueda poner fin al contrato. En Colombia sería aplicable para este efecto la segunda parte del artículo 1996 que se refiere al arrendamiento.

En materia de arrendamiento, como consecuencia de la obligación que tiene el arrendatario de cuidar la cosa, se impone la prohibición legal de subarrendar o ceder el arriendo, a menos que se autorice expresamente para ello. Debido a que el contrato de leasing es un contrato eminentemente mercantil, no consideramos que esta prohibición se le pueda aplicar (contenida en el artículo 2004 del Código Civil) como norma supletiva de la voluntad contractual. La contratación mercantil es eminentemente fungible y la cesión de la posición contractual es permitida como norma general para la contratación comercial. Se hace indispensable, si se quiere impedir que el usuario ceda o subarriende, que se le prohíba expresamente en el contrato. De otro lado, es cláusula de estilo establecer esta prohibición en los contratos leasing.

4. **OBLIGACION DE EFECTUAR REPARACIONES LOCATIVAS.** El tomador "leasing", como mero tenedor de la cosa, al igual que el arrendatario está obligado a efectuar las reparaciones locativas.

Estas son aquellas que tienen por objeto corregir los deterioros que experimenta la cosa por el uso normal que se hace de ella. El Código Civil señala con claridad en que consisten estas reparaciones en materia de arrendamiento en su artículo 1998, disposición que encontramos perfectamente aplicable al "leasing".

Pero como el leasing implica algo más que el mero goce de una cosa a título de arrendamiento; el precio que paga el usuario involucra el valor

de la depreciación que experimenta la cosa; y además, el locador leasing tiene vocación al dominio y podrá adquirir el bien a la terminación del contrato por su valor residual; ello implica un cambio de concepción en cuanto al tema de las reparaciones necesarias.

Las reparaciones necesarias, que son aquellas indispensables para la subsistencia misma de la cosa, son de cargo de los arrendadores, salvo que los contratantes acuerden otra cosa. En materia de leasing, no puede mantenerse este principio, por el contrario, debe invertirse y lo lógico es que sean de cargo del tomador, a no ser que se presente estipulación en contrario.

Este principio tiene que invertirse y se puede hacer; no olvidemos que el leasing no es arrendamiento, aunque lo parezca, es un contrato atípico, donde el interés económico sobre los bienes es del tomador; la sociedad leasing facilita la operación financieramente, pero una vez entrega los bienes se desentiende de ellos.

5. ASUMIR LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DESPLAZABLES. Ya observamos que en el "leasing" financiero el interés económico sobre la cosa corresponde al tomador y por ello, la sociedad leasing tiene a transferir a ese tomador sus derechos y obligaciones sobre ella. El usuario así lo entiende y así lo quiere, pues bien sabe que la presencia de la sociedad dadora en la operación es para facilitar la financiación de equipo que necesita.

Por tanto, se desplazan hacia el usuario algunos derechos de la sociedad "leasing" frente al proveedor y algunas obligaciones que según la normatividad usual del arrendamiento, correspondería a la misma sociedad "leasing". El usuario se encuentra obligado a asumir estos derechos y obligaciones que se radican en su cabeza.

Los derechos de la sociedad leasing frente al proveedor que se desplazan al usuario son: el de exigir la entrega de la cosa comprada y de exigir el saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios. Como compradora que es la sociedad leasing tiene derecho a exigir de su vendedor el cumplimiento de las obligaciones que a éste competen, derivadas del contrato de venta: la entrega y el saneamiento. Pero dada la naturaleza del contrato del "leasing" y la finalidad que con el se

persigue, estos derechos frente a estas obligaciones, en virtud del contrato de "leasing" se desplazan a cabeza del tomador.

De otro lado, observamos que en materia de arrendamientos corresponde al arrendador la obligación de mantener la cosa en estado de servir para el fin que fue arrendada y por tanto, son de su cargo las reparaciones necesarias que requiera la cosa. Si el arrendatario las realiza, tiene derecho al reembolso de las mismas, garantizando por la posibilidad de retener la cosa arrendada a la terminación del contrato. En el "leasing", por las razones ya expuestas, esta obligación debe asumirla el usuario y debe cumplirla durante la vigencia del plazo del contrato. La subsistencia del equipo dado en "leasing" es fundamental para que se pueda cumplir el cometido.

También por la naturaleza propia del "leasing", los riesgos por la pérdida o destrucción de la cosa se trasladan de su dueña (la sociedad "leasing") a cabeza del usuario quien se obliga además a mantener los bienes debidamente asegurados contra los riesgos más probables de ocurrencia y que generalmente se señalan en el contrato. Si no cumple su obligación de mantener los bienes debidamente asegurados, en caso de pérdida será el usuario quien deba soportarla.

El aspecto de los seguros reviste especial importancia en la relación "leasing". Los activos objeto del contrato están sometidos a diferentes riesgos que hacen necesaria su protección o cobertura para evitar las pérdidas económicas que puedan sufrir, tanto la sociedad leasing, como el usuario. Estos riesgos se pueden presentar en función del equipo o activos dados en "leasing", pueden considerarse en función de la actividad económica jurídico-económico en el cual se desarrollan las operaciones de los contratantes.

Es de uso frecuente la cláusula por la cual se pacta que la obligación de pagar las primas de los seguros correspondientes esté a cargo de la empresa usuaria y no a la compañía "leasing".

También se desplaza a cabeza del tomador la obligación de pagar impuestos y es este el punto donde puede presentarse un estímulo para el desarrollo de la operación.

6. **OBLIGACION DE RESTITUIR LOS BIENES DADOS EN "LEASING" AL FINALIZAR EL CONTRATO.** Siendo el "leasing" un contrato por el cual solamente se confiere la tenencia del bien al tomador y además, teniendo una duración determinada, éste debe restituir los bienes al final del contrato. Deberá restituirlos en el estado en que le fueron entregados, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimo. Es además manifiesto que no es responsable por la depreciación que sufre el equipo, es más, la ha venido amortizando gradualmente durante el tiempo de duración del contrato.

Sin embargo, la situación más común que se presenta en el contrato de leasing es que se otorgue al usuario la opción de continuar el contrato o de comprar los bienes como adelante lo observaremos.

Si el tomador no entrega el bien al finalizar el contrato en el evento que no se hayan concedido opciones o que no quiera ejercitarlas, habrá lugar a la restitución forzada. En Colombia la restitución forzada se efectúa por el trámite advertido en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil.

LA EXTINCION DEL CONTRATO DE "LEASING".

A. Extinción normal

La forma normal de extinguirse el contrato de leasing es por el vencimiento del término. La duración del contrato debe aproximarse a la vida útil estimada para el bien por las partes al momento de celebrar el contrato. Si el objetivo del contrato es la financiación del uso y goce de un bien, ésta no se requiere por más tiempo que el que se estime tendrá el mismo.

Como el concepto de vida útil es una estimación probable que hacen las partes, puede suceder que en la realidad la vida útil de ese bien se extienda o se acorte por diferentes motivos. Por ejemplo, la aparición de nuevas máquinas en el mercado con una mayor eficiencia traerían como consecuencia la obsolescencia de los equipos; aunque puede suceder que luego de la vida útil prevista para una máquina, ésta continúe siendo económicamente rentable.

OPCIONES PARA EL TOMADOR

El tomador "leasing" tiene una triple opción al terminar el contrato: la de comprar el equipo, la de continuar con el "leasing" y la de restituir los bienes a la sociedad dadora. Es lo normal en los contratos de "leasing" que se conceda este tipo de opciones, sin embargo, las partes pueden establecer otra cosa.

Es más que lógica la posibilidad que se da de escoger al usuario, pues es él quien ha soportado la total amortización del bien, pago efectuado bajo el concepto de precio que pagó en forma regular y periódica.

DEVOLUCION DEL MATERIAL AL TERMINO DEL CONTRATO

Si el usuario no está interesado en continuar utilizando el equipo, puede devolverlo a la sociedad "leasing", obligación que deberá cumplir, restituyendo el bien en buen estado de funcionamiento, tal como lo advertimos cuando nos referimos a la obligación de restitución que corresponde al usuario.

En esta eventualidad permite el usuario que el dominio de los bienes permanezca en cabeza de la compañía leasing y deja en libertad a esta para que venda el equipo a terceras personas. Generalmente las partes pactan en este caso compartir las utilidades que se lleguen a producir con el proceso de la venta, y en este último caso también sería factible que con el producto de esa utilidad se le sustituya a la empresa usuaria el activo depreciado por otro activo, es decir, que con el producto de sus utilidades en la venta del equipo, la compañía "leasing" adquiriera un nuevo equipo para entregarlo en "leasing" financiero al mismo usuario.

OPCION DE COMPRA.

Generalmente se concede al tomador la posibilidad de adquirir en propiedad el equipo que le fue entregado en "leasing", por un precio previamente estipulado en el contrato y que equivale al valor residual. Se trata de un valor residual y no comercial, pues el tomador ha venido amortizando el precio del bien periódicamente.

Con esto se reafirma la naturaleza propia del leasing, donde la sociedad dadora demuestra su interés financiero y su falta de vocación por la posesión de los equipos que adquirirá y dio en leasing, bienes que nunca ha disfrutado directamente en su poder.

Para algunos autores esta fórmula es una promesa unilateral e irrevocable de venta (25), que hace la sociedad "leasing" en beneficio del tomador, para que éste, optativamente, adquiera el bien al finalizar el alquiler irrevocable, por un precio prefijado en el contrato que coincide con el valor residual previsto.

En Colombia, el fenómeno podría entenderse como una verdadera OPCION DE COMPRA, de las que regula la ley 51 de 1918 en su artículo 23, así: "La opción impone a quien la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviera sometida a un término o a una condición, será ineficaz".

"La condición se tendrá por fallida si tardase más de un año en cumplirse".

"Las partes pueden ampliar o restringir este plazo".

Sería el tomador "leasing" quien decide si compra o no, si toma la opción o la deja, debiendo la sociedad dadora soportar su decisión. Allí radica la diferencia de la opción con el pacto de preferencia que regula el artículo 863 del Código de Comercio Colombiano, en el cual, quien otorga la preferencia es quien decide si contrata o no; si decide por ejemplo vender, debe preferir al beneficiario, en quien está la posibilidad de decidir si contrata o no.

En algunos contratos "leasing" no se estipula un precio determinado o determinable para que pueda ejercitarse la opción de compra; se conforman las partes con mencionar la posibilidad para el tomador de adquirir el bien al finalizar el contrato, por un precio al que llegarían de

(25) FERNANDO LOPEZ, Irazo. Op. Cit., p. 321.

común acuerdo. No determinar las bases para ejercitar la opción, dificultaría su práctica, pero no por ello, se irresponsabilizaría la sociedad dadora de cumplirla o al menos de indemnizar al tomador de los perjuicios que le ocasione el no mantenerla.

Si el tomador utiliza la opción se hará dueño de los equipos cuyo goce ha venido disfrutando por un mejoramiento del título, que de mera tenencia pasará a ser traslativo de dominio (26) .

No es acorde a la naturaleza del "leasing" que la cláusula de opción permita ejercitarla en cualquier momento antes de la terminación del contrato. En principio la estipulación es lícita, pero desnaturaliza la esencia del "leasing" e induce a pensar en la presencia de una venta simulada (27).

Cuando la empresa usuaria opta por comprar el equipo, se presenta uno de los elementos más interesantes de capitalización empresarial; si la empresa decide incorporar el activo fijo a su activo total por un valor residual, las valorizaciones que utilidades de tenencia o "holguen geins" que valorizan los activos de la empresa.

OPCION DE CONTINUAR EN EL "LEASING".

Es frecuente en las condiciones generales del contrato "leasing" prever la posibilidad para que el tomador, al momento de la terminación del primer plazo, que fue pactado en forma irrevocable, opte por continuar en la tenencia de los equipos, renovando el leasing, en las condiciones estipuladas o que se estipulen en un nuevo período llamado residual.

Es también una opción de continuar en el arrendamiento que se regula de la manera que indicamos para la opción compra.

(26) Artículo 754 No. 5 del Código Civil.

(27) LOPEZ IRANZO. Op. Cit., p. 322.

Sin lugar a dudas deberán variar las condiciones del precio "leasing", pues el valor del bien ya ha sido amortizado por el tomador durante la vigencia del primer contrato y deberá pagar en adelante solo un precio residual. Las bases económicas son diferentes a las que imperaron en primer contrato. No se trata de una prórroga del contrato inicial, sino de una verdadera renovación, atendiendo a que se trata de un equipo cuya amortización ha sido soportada, casi en forma integral (salvo el valor residual) por el tomador a través del precio pagado en el contrato inicial.

Los autores (28) insisten en considerar el contrato resultante del ejercicio de la opción por el tomador como un contrato autónomo; su única analogía con el contrato anterior es la de tener el mismo objeto.

Para ejercitar las opciones de venta o de alquiler se suele pactar en el contrato un preaviso razonable que debe dar el tomador a la sociedad "leasing".

B. Extinción anormal

El "leasing" puede terminar por causas anormales como la destrucción de la cosa o la declaración judicial que ordena la terminación del contrato.

LA PERDIDA TOTAL DEL BIEN

La pérdida total de la cosa impide que el tomador continúe en el goce del bien y que la dadora procure al primero dicho goce; por tanto, se extingue el contrato liberando en principio al tomador de la obligación de restituir y de continuar pagando el precio, pues su obligación carece de causa.

Para efecto de la terminación del contrato no importa si la pérdida ocurrió por circunstancias fortuitas o culpables, igualmente termina el contrato; importa saber si hubo culpa del tomador para la consiguiente indemnización de perjuicios. Para el caso es aplicable la norma del

(28) COILLOT. Op. cit., p. 171.

contrato de arrendamiento que establece que la terminación del contrato por culpa del arrendatario le obliga a indemnizar perjuicios, y especialmente, al pago de la renta por el tiempo que falte hasta la expiración del plazo estipulado (29).

Si la destrucción del bien es parcial, al juez le corresponde decidir si tendrá lugar la terminación del arriendo o si procede una rebaja del precio o renta.

Se observa como algunos contratos "leasing" incluyen en sus condiciones generales cláusulas que establecen que el tomador no puede solicitar rebaja o exonerarse del pago del precio, ni aún en eventos de que la pérdida de la cosa se deba a circunstancias fortuitas o por culpa de terceras personas. Bien discutible se torna la validez de tales estipulaciones, que mantienen la obligación del tomador cuando ha desaparecido la de la sociedad dadora consistente en asegurar el disfrute y goce del bien.

Para precaver las eventualidades que puedan presentarse con ocasión de la destrucción de la cosa, se estipula la obligación a cargo del tomador de mantener cubiertos estos riesgos por medio de un contrato de seguro.

DECLARACION JUDICIAL QUE TERMINA EL CONTRATO

Puede ocurrir que alguna de las partes incumpla con sus obligaciones surgidas del contrato leasing, conducta que concede a la parte cumplida la opción de pedir el cumplimiento forzoso del contrato o de solicitar su terminación, tal como lo advierte el artículo 870 del Código de Comercio Colombiano.

Es frecuente observar en los contratos "leasing", como se estipula en las condiciones generales de tales, que el incumplimiento de las obligaciones del tomador, dará lugar a la terminación de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. Consideramos que tal estipulación

(29) Artículo 2.003 del C.C.

se hace indispensable para efectos de obtener la restitución del equipo la intervención de juez por medio de la cuerda procesal pertinente para obtener la recuperación de la tenencia de bienes.

También terminará por sentencia judicial el contrato, cuando se declara judicialmente nulo.

LA INSOLVENCIA DE LAS PARTES CONTRATANTES

Interesa observar dos aspectos relacionados con la insolvencia en el contrato de "leasing". El primero será establecer si la insolvencia puede constituir un hecho suficiente por sí solo para dar por terminado el contrato; el segundo, reflexionar sobre las consecuencias que pueden seguirse a la eventual declaratoria de quiebra de una de las partes.

La insolvencia no constituye por si sola una razón para dar por terminado el contrato de "leasing", bien se encuentre radicada en la sociedad "leasing" o en el usuario. Al fin de todo, el derecho comercial presenta soluciones importantes frente a la insolvencia, con las cuales se pretende, mantener la actividad productiva, es decir, la empresa generadora de empleo y de riqueza que es lo que interesa al bien común, por encima del interés particular del acreedor de una determinada prestación.

Como remedio al comerciante insolvente puede presentarse el concordato de acreedores, con el ánimo de mantener la empresa y por tanto el contrato de "leasing" podrá continuar ejecutándose. Si el tomador solicita un concordato de acreedores, no por ello tendría que terminarse el contrato "leasing", al contrario, deberá continuar y el pago del precio "leasing" a la sociedad dadora se encuentra dentro de las obligaciones que corresponden al giro ordinario de los negocios del deudor.

En Colombia, el Decreto 3350 de Febrero 16 de 1989, contentivo del regimen de los concordatos preventivos advirtió expresamente en su artículo 17: "La admisión del concordato no será causal para dar por terminados los contratos de tracto sucesivo preexistentes celebrados por el empresario". Mejor hubiera sido que expresamente advirtiese que los pagos futuros de esos contratos se pagaran como gastos de administración. No obstante de no haberlo advertido, es obvio que tales

gastos deben considerarse como de administración pues son indispensables para la continuación de la empresa.

Algunos países consagran normas en materia de QUIEBRAS (Argentina, Art. 149 de la Ley 19.551) donde se dispone el principio de la no resolubilidad de los contratos bilaterales por incumplimiento derivado de la quiebra. Con respecto al contrato de "leasing" señala la doctrina Argentina que el auto declarativo de la quiebra hace inaplicables las normas legales o contractuales que autoricen la resolución por incumplimiento del contrato, cuando esa resolución no se produjo efectivamente o no se demandó judicialmente antes del pronunciamiento declarativo de quiebra (30).

Existe la tendencia legislativa para que al auto declarativo de la quiebra haga inaplicables las normas legales o contractuales que autoricen la resolución por incumplimiento del contrato, porque se colocaría a los acreedores con prestaciones pendientes en su favor, en algunas circunstancias, en situaciones más favorables que los demás, con perjuicio al principio de la "par condicio". Se agrega también que la causa del incumplimiento no se encuentra en la mera voluntad, sino por el hecho que ha generado su impotencia patrimonial para atender a sus compromisos. Se introduce en estas legislaciones (la ley Argentina 19.551 por ejemplo), la disposición en el sentido, que la cláusula contractual que autorice la terminación del contrato por el evento de la quiebra se tendrá por no escrita. También se agrega, que la parte contratante no fallida no puede invocar el decreto de quiebra para suspender o evitar el cumplimiento de sus obligaciones emergentes del contrato de "leasing" que con posterioridad fuesen venciendo. Por el contrario, debe cumplirlas ante el síndico, hasta tanto se define la suerte ulterior del contrato conforme sea el encuadramiento que se disponga, so pena de sufrir las consecuencias del incumplimiento.

La legislación Colombiana no regula lo concerniente a los EFECTOS JURIDICOS DE LA QUIEBRA SOBRE LOS CONTRATOS PREEXISTENTES, dejando un manifiesto vacío sobre el particular.

(30) EDUARDO A. BARRERA, Delfino. El Leasing y la quiebra. Revista de Derecho Comercial. Depalma, Buenos Aires, 1983. p. 12.

Corresponde al Juez decidir en un momento dado si la resolución pactada contractualmente puede utilizarse ante el evento de la declaratoria de quiebra (o su equivalente) de una de las partes en el contrato leasing. Ante todo deberá atenerse a los principios que inspiran las legislaciones sobre quiebras donde el interés general prima sobre el interés particular. Así se trate de una cláusula pactada entre las partes y no prohibida, tiene efectos entre ellas, pero no tiene porque producirlos frente a los terceros acreedores que llegan al proceso concursal en igualdad de condiciones. Así no tengamos en Colombia norma similar a la del derecho Argentino, considero que por la vía de la interpretación judicial sistemática y equitativa, podemos llegar al mismo lugar.

El futuro del contrato "Leasing" ante LA DECLARATORIA DE QUIEBRA, lo decidirá el juez, para lo que será necesario hacer varias consideraciones importantes; una cosa será la quiebra del tomador, otra la del dador; también se debe considerar la continuación de la empresa y la venta en bloque de los bienes.

LA QUIEBRA DEL CLIENTE TOMADOR

En el contrato "Leasing", el tomador es el deudor del grueso de las obligaciones. Ante la declaratoria de quiebra del tomador, en principio, deberá terminarse el contrato a no ser que se presenten dos situaciones que hagan pensar diferente: La posibilidad de continuar la empresa del fallido y la decisión de vender el establecimiento comercial o industrial en bloque.

Es evidente que el quebrado no puede continuar actuando en el mundo del comercio y ese es uno de los efectos de la declaratoria de quiebra, pero para la empresa, liquidar trabajadores y suspender producción, no siempre puede ser lo más conveniente. Por el contrario, es lo más perjudicial para la economía nacional, para los trabajadores y para lo mismos acreedores; los bienes separados de la actividad productiva y la clientela, pierden considerablemente su valor. Por todo ello debe mirarse independientemente la empresa del quebrado para buscar lo más conveniente al interés general. En estos eventos debe mantenerse también el contrato "leasing", precisamente porque el interés general se satisface en este caso, con la preservación de la locación financiera. En este evento el síndico dispondrá el cumplimiento de las obligaciones a favor de la

empresa dadora y en el evento de la venta, la cesión del contrato para que el tercero adquirente continúe cumpliendo tales prestaciones.

Solamente se impondrá la terminación del contrato, ante el evento del cese de la empresa del deudor.

Si la única vía encontrada es la cesación de la actividad de la empresa, la sociedad dadora podrá pedir la restitución de los bienes dados en "leasing" y cobrará como un crédito más, los cánones dejados de pagar por el deudor.

LA LIQUIDACION O LA QUIEBRA DE LA SOCIEDAD DADORA

En principio, la liquidación forzada o la quiebra de la sociedad financiera, no da lugar a la terminación del contrato. Será necesario observar en qué estado de ejecución se encuentra el contrato.

Si el contrato está agotado, el tomador podrá optar por la compra, y la entidad liquidadora deberá hacerle la transferencia del dominio.

Si el contrato está casi agotado, quedando prestaciones menores pendientes, puede continuar produciendo sus efectos, salvo que el tomador "in bonis" requiera la terminación del contrato.

Si el contrato está plenamente en ejecución, en principio quedará terminado y se deberá reconocer el crédito al tomador, por la parte amortizada del precio del equipo.