

Tensiones en torno

A LA NATURALEZA JURÍDICA
DEL CONTRATO DE *LEASING* FINANCIERO*

Tensions regarding

*THE LEGAL NATURE OF FINANCIAL
LEASING AGREEMENT*

RESUMEN

En el presente artículo de reflexión se analizarán las diferentes teorizaciones que giran en torno de la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* financiero, teniendo en consideración que las posiciones doctrinales no han sido pacíficas en la materia. De igual forma y para esos fines, se abordarán preliminarmente aspectos conceptuales, etimológicos e históricos que permitan contextualizar el objeto de problematización jurídica.

Palabras clave: Leasing financiero, Contrato atípico, Insuficiencia regulativa.

ABSTRACT

In this reflection article will analyze the different theories that revolve around the legal nature of a financial lease, taking into consideration that the doctrinal positions have not been peaceful in this area will be discussed. Similarly, and for these purposes, conceptual, etymological and historical aspects that allow contextualize the subject of legal problematization is preliminarily embroidered.

Keywords: Financial leasing, Atypical contract, Regulatory failure.

JAVIER ENRIQUE HERRERA GARCÍA

Abogado de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla. Técnico Bancario Comercial. Estudiante de posgrado en Especialización en Derecho Comercial Universidad Libre. Se desempeña actualmente como coordinador jurídico de firma de abogados en la ciudad de Barranquilla. juridicolitigamos1@gmail.com

LEYDYS BEATRIZ DÍAZ GONZÁLEZ

Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Estudiante de posgrado en Especialización en Derecho Comercial Universidad Libre. Se desempeña actualmente como ejecutiva de prestigiosa entidad bancaria. lbeatriz@bancolombia.com.co

Recibido:
22 de enero de 2014
Aceptado:
30 de abril de 2014

* Artículo de Investigación de estudiantes de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, adscritos al grupo INCOM (Investigaciones en Derecho Comercial).

I. INTRODUCCIÓN

Una de las actividades de la especie humana que se desarrolla incesantemente y bajo una amplia gama de manifestaciones, es la actividad comercial, sea en calidad de sujetos que buscan un *animus lucrandi* ofreciendo bienes o servicios, o sea en condición de adquirentes de esos ofrecimientos materiales o de tales servicios. Esta actividad, se mueve a un ritmo vertiginoso, cambiante y evolutivo, tanto que a veces el Derecho se queda rezagado e involucionado ante la embestida fugaz de las actividades comerciales. La globalización, el uso de las tecnologías de la información y comunicaciones, la aparición de nuevas necesidades para la satisfacción humana, las nuevas políticas interestatales y de los bancos mundiales, hacen que la actividad comercial se transforme y busque amoldarse a las coyunturas del momento.

En ese sentido Jinesta¹ puntualiza que a la luz del principio de la autonomía de la voluntad, han surgido en los últimos tiempos, una gran cantidad de contratos atípicos, los cuales responden a las necesidades propias del dinámico tráfico comercial, y son manifestación elocuente de la contratación en masa y de la cooperación empresarial. Por medio de tales contratos, se satisfacen y programan intereses económicos muy particulares, para el desarrollo de la industria y el comercio, respecto de los cuales las figuras clásicas se muestran insuficientes y anquilosadas para su protección y materialización.

1. JINESTA, Ernesto (marzo, 1992). El contrato de *leasing* financiero (arrendamiento financiero) con opción de compra. *Revista Judicial, Costa Rica*. Año XVII, No. 55.

Ahora bien, dentro de ese dinámico tráfico comercial que señala el precitado autor, es posible apreciar una multiplicidad de modelos contractuales que no se encuentran visibles en los tradicionales Código Civil y Código de Comercio, por su novedad o por su reciente importación de otras latitudes, y que en su aplicación muchas veces es notoria la improvisación surgida en sus intentos de “tropicalización”, o dicho en otros términos, en sus intentos de adaptar figuras o instituciones jurídico-comerciales ajenas en el ámbito nacional.

Siguiendo con Jinesta², es clave mencionar, al decir de él, que dentro de esa multitudinaria eclosión de novedosos contratos, se resalta el de *leasing* financiero, en cuanto se ha erigido como una importante alternativa de crédito o de financiación, para la pequeña y mediana empresa, o para particulares que desean adquirir ciertos bienes sometiéndose a los atributos especiales que enmarcan dentro de este contrato. En su estructuración y configuración jurídica en realidad, supone una serie de problematizaciones para abordar, tales como su naturaleza jurídica, los caracteres o atributos especiales de que se reviste y sus efectos entre contratantes o inoponibilidad hacia los demás, en su fase de ejecución. A pesar de estar lo suficientemente desarrollado doctrinaria y legislativamente en Europa en algunos países americanos, es pertinente realizar una bien manejada exposición y análisis a la luz del ordenamiento jurídico de nuestros propios países, teniendo en consideración que

2. *Ibid.*, p. 33.

existe plena certeza que esta figura contractual de alguna forma ha irrumpido vertiginosa y vigorosamente en el concierto comercial, financiero y económico del entorno próximo que nos rodea.

Etimológicamente la palabra *leasing*, proviene de un anglicismo o préstamo lingüístico del idioma inglés; en ese sentido *leasing*, de procedencia anglosajona, deriva del verbo inglés *to lease*, que quiere decir arrendar o dar en arriendo, y de la expresión sustantiva *lease*, traducido comúnmente como locación o arriendo. En el contexto financiero, sin embargo, el término *leasing* se usa básicamente para enunciar un típico instrumento para financiar una cosa, esto es, “un vínculo contractual que, pese a haberse erigido y desarrollado sobre la base del arrendamiento, presenta elementos propios o característicos que lo diferencian sustancialmente del antes enunciado contrato de arriendo”³.

Pero no todos los países han adoptado la expresión bajo el anglicismo *leasing*, en ese orden, por ejemplo, la Ley de Francia No. 66/645, del 2 de julio de 1966, actualizada por la Ordenanza 67/837, del 27 de septiembre de 1967, utiliza la designación *crédit-bail*; la Ley belga 55, del 10 de noviembre de 1967 utiliza por su parte la denominación *location-financement*.

En otro caso, el Code Civil de Quebec del año de 1991, renuente de usar el anglicismo *lea-*

sing, como ha sido la sugerencia tradicional de cierto sector de la doctrina, ha preferido la denominación adoptada por Francia *crédit-bail*.

Por su parte la expresión *leasing*, en la península itálica, es traducida con la designación “locación financiada”, locación de bienes instrumentales, entre otras; no obstante, el vocablo que posee mayor arraigo en Italia es *locazione finanziaria*, acuñada mediante el Decreto Legge 918, del 30 de agosto de 1968, en el cual se consagraban una serie de políticas encaminadas a incentivar las inversiones⁴.

Con relación a la monarquía constitucional de España, se han utilizado una serie de términos para referirse al *leasing* como préstamo arriendo, préstamo alquiler, crédito arrendamiento, locación venta, entre otras expresiones; pero, la designación que ha tenido mayor uso o acentuación es la de “arrendamiento financiero”. En cuanto a la legislación española, la Ley 26 del 29 de julio de 1988, sobre disciplina e intervención en las entidades de crédito; la Ley 3^o del 14 de abril de 1994, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria desarrollada mediante Directiva 1989/646/CE y la Disposición Adicional Primera de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, manejan esas expresiones relacionadas con *leasing*.

3. FARINA, Juan M. (1997). Contratos comerciales modernos. En AA.VV., El leasing, Buenos Aires, Argentina. p. 29.

4. BESSONE, Mario (1999). *Trattato di diritto privato*, vol. XV, Torino, Italia.

En el plano latinoamericano, Brasil, a su turno, regula las actividades de *leasing* a través de la Ley 6099/1974, del 13 de septiembre de 1974, modificada por la Ley 7132/1983, con el nombre de “arrendamiento mercantil”. En el caso de Argentina, mediante la Ley 18061 del 15 de noviembre de 1969 sobre entidades financieras, adopta el *leasing* a su ordenamiento jurídico con la calificación de “locación de bienes de capital o locación financiera”. Subsiguientemente la Ley 24441, publicada el 16 de enero de 1995, hace uso de la expresión *leasing*. La Ley 25248, el 14 de junio de 2000, igualmente se refiere a este contrato con la misma denominación.

Pues bien, muchos países en Latinoamérica han adoptado el vocablo “arrendamiento financiero”, que tiene la ventaja que destaca el carácter financiero que efectivamente posee esta modalidad contractual. Sin embargo tal expresión, desde algunos puntos de vista puede resultar antitécnica. En primer lugar, porque se señala como si constituyera un efectivo arrendamiento, cuando en realidad no es su esencia, por la forma en que se cede el uso de la cosa y la responsabilidad de las partes. En segundo lugar, porque bajo esa expresión se guarda silencio con relación a la opción de adquisición que tiene el locatario, pactada con anterioridad a un precio equivalente al valor residual.

Como las traducciones que se hacen del vocablo que engloba a este contrato, en realidad no satisfacen ni se compadecen de la esencia misma de esta forma contractual, lo mejor es que se conserve el anglicismo para referirse a

ella. Pues como se anotó, expresiones como arrendamiento financiero son de alguna forma antitécnicas. Además, en el contexto jurídico internacional *leasing* es una de las denominaciones más usadas. En ese sentido, se expresa Cuesta⁵ cuando recalca que resulta complejo hacer que se abandone un término profundamente arraigado y reconocido en la dinámica jurídica internacional, que por demás le da elegancia y síntesis por la practicidad que le ofrece el lenguaje anglosajón.

II. ALGUNAS CONCEPTUALIZACIONES DEL CONTRATO DE LEASING

En sentido lato, se puede concebir el contrato de *leasing* como aquel mediante el cual una parte le entrega a la otra un activo productivo para su uso y goce, a cambio de un estipendio o canon periódico, durante un término convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario, o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de compra o de adquisición, que por lo general se pacta a su favor.

Con relación a las conceptualizaciones del contrato objeto de estudio, Mavila⁶ sostiene que el *leasing* financiero, también conocido como “arrendamiento financiero” o “arrendamiento con opción a compra”, es un contrato mercantil que celebra una empresa locadora (arrendadora) para el uso de un bien mueble o inmueble por la arrendataria, a cambio de

5. CUESTA, José María (1970). Reflexiones en torno al *leasing*. En *Revista de Derecho Mercantil*, N° 118, Madrid.

6. MAVILA, Daniel (agosto, 2003). *Leasing financiero*. *Revista Industrial Data*, vol. 6, núm. 1, pp. 86-88, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

pagos periódicos que pueden ser por adelantado o al vencimiento y con opción a favor de la arrendataria para comprar dichos bienes por un valor previamente pactado.

De igual forma, el mismo autor Mavila⁷ explica más detalladamente que por medio del contrato de *leasing* financiero, la compañía locadora, banco o sociedad de arrendamiento financiero, adquiere de un tercero determinados bienes que otra empresa ha seleccionado con anterioridad, habiéndose acordado previamente el monto del canon y la forma de pago. La empresa locadora o arrendadora da el bien para su goce durante un tiempo determinado, denominado por la doctrina y así se ha adoptado en los contratos comunes, “período irrevocable”, que generalmente coincide con la vida útil probable del activo, resaltando que los gastos que tenga el objeto por deterioro natural o por cualquier clase de deterioro, a gastos por seguros y riesgos corren por cuenta del arrendatario o locatario.

Una de las definiciones más completa es la expresada por Amorós⁸, según el cual el *leasing* es un contrato por el que una de las partes –compañía de *leasing*– se obliga a adquirir de un tercero un determinado bien que la otra parte ha optado previamente, contra el pago de un precio recíprocamente acordado, para su uso y disfrute durante un período de tiempo concreto, que generalmente coincide con la vida útil y fiscal del bien, y durante el cual el

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

Pues bien, planteados los orígenes etimológicos, la mejor denominación según la doctrina y algunas definiciones, es preciso en el marco del presente artículo realizar una problematización que nos acerque a los puntos más álgidos de debate en torno al contrato relativamente novísimo de *leasing*. Para lo cual, se establecerá un problema desarrollado a través de unos referentes teóricos que permitan dar lucidez dogmática e intelectual a la cuestión *sub examine*.

III. ASPECTOS DE PROBLEMATIZACIÓN RESPECTO AL CONTRATO DE LEASING FINANCIERO

El *leasing* es una modalidad contractual relativamente reciente que en el plano doctrinario en múltiples aspectos no ha tenido posiciones pacíficas, entre las cuales descuella el tema de la naturaleza jurídica de este contrato y de sus caracteres o atributos que distinguen o delimitan materialmente de otras instituciones contractuales. En ese orden de cosas, es trascendental conocer la fuente de estos debates doctrinarios, y justamente realizando un rastreo de su génesis histórica, es posible encontrar luces que permitan dilucidar la esencia y eventuales fórmulas para superar los escollos que se suscitan alrededor de este tópico.

7. *Ibid.*, p. 41.

8. AMORÓS, Manuel (1985). “El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral”, En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 569, Madrid.

IV. ANTECEDENTES DEL OBJETO DE PROBLEMATIZACIÓN

En la doctrina no hay consenso respecto del punto de partida cronológico y lugar de origen del contrato de *leasing*, sin embargo, cierto sector de tratadistas apunta a que el pueblo fenicio había desarrollado la técnica de arrendar o cobrar impuestos por factorías que instalaron a lo largo del Mediterráneo, logrando en la mayoría de los casos rescatar su inversión en poco tiempo y venderlas de acuerdo a las circunstancias del demandante. Es preciso resaltar, que cuando no se cumplía lo anteriormente dicho, se abandonaban dichas factorías. “Siguiendo el rastro de estos inicios, el arrendamiento atraviesa por toda la Edad Antigua, Medieval y Renacimiento hasta llegar a la primera y segunda Revolución Industrial, reflejándose en los Estados Unidos, desde 1872 hasta 1893, en las mineras donde ciertos capitalistas arrendaban por períodos eventuales o temporales equipos para la explotación de los minerales, en general”⁹.

Para encontrar luces que ayuden a hallar una aproximación solucionadora al problema planteado, pues como se ha visto la doctrina no lo ha hecho, es necesario en primer lugar responder cuándo un contrato posee la condición de típico. Así pues, es típico aquel contrato que se encuentra previsto y regulado en la ley. Por ello, en ausencia de acuerdo entre las partes, existen normas dispositivas a las que acudir. Y se está frente a un Contrato

innominado o atípico: cuando para este la ley no tiene previsto un nombre específico, debido a que sus características no se encuentran reguladas por ella.

En esas condiciones, se encuentra que para el caso colombiano existe el Decreto 913 de 1993 que define en su artículo segundo, la operación de arrendamiento financiero aunque tal decreto no desarrolla ampliamente este contrato, ni señala norma de remisión en caso de lagunas. Existen otras normas como el Decreto 633 de 1993 pero en realidad, dice poco de *leasing* y solo se enfoca en la vigilancia de las entidades de financiamiento comercial especializadas en *leasing*. Además existe una que otra ley que menciona el *leasing* pero nunca se encargan de regularlo sistemáticamente.

Así las cosas, si es por carencia de regulación o insuficiencia, es cierto que se está frente a un contrato atípico, pero surge una inquietud y es, que cuando se analiza, por ejemplo el contrato de permutación en el Código Civil colombiano, este solo posee cuatro artículos que lo regulan y uno es de remisión normativa. Sin embargo es un contrato típico. Podría pensarse respecto de este, que tiene insuficiente “normatización”, pero el punto de integración o remisión normativa con las disposiciones de la compraventa resuelve de plano el escollo.

En fin, el *leasing* como lo sostiene la tesis mayoritaria en Colombia es atípico, y el legislador en este país, ha sido renuente en crear un proyecto de ley que ayude a dilucidar muchas

9. GÓMEZ, Omar Ricardo (junio 2005). *Leasing o arrendamiento financiero*. En *Contribuciones a la Economía*. Texto completo en <http://www.eumed.net/ce/>

dudas y controversias que se presentan en la materia, y a los juzgadores les ha correspondido hacer de tripas corazón, por decirlo en una forma literal, a la hora de tomar decisiones relativas a este tipo de contratos, lo cual ha generado una inseguridad jurídica que más ha puesto en peligro a la clase obrera, y dejando airosos a las entidades financieras que son las que en últimas redactan minuciosamente como todo buen contrato de adhesión, el clausulado del *leasing*, protegiendo sus intereses.

El otro punto problemático con el que se concluye esta disertación es el atinente a la autonomía o la necesaria subsunción o derivación del *leasing* en cualquiera de las modalidades contractuales típicas existentes. A este respecto, la posición que se presenta es que definitivamente el *leasing* como se ha venido desarrollando desde los Estados Unidos, donde surgió, no tiene una forma contractual que se ajuste, es decir, no podría decirse que en su naturaleza comparte todos los elementos del arrendamiento, porque hay disimilitudes bien ostensibles; tampoco se pueden predicar los mismos de la compraventa, depósito o préstamo en sus modalidades de mutuo o comodato. Encasillarlo como mixto, deja mucha vaguedad conceptual y falta de coordinación normativa entre los contratos que le sirvan de fusión.

A la postre, puede señalarse entonces, que lo mejor sería darle en definitiva autonomía institucional a esta figura, y eso se logra con voluntad política legislativa, con regulación clara, completa, precisa y sistémica, ya que, en América Latina las regulaciones al respec-

to son poco precisas e íntegras, al tanto que en Europa muchos países han sido juiciosos en su reglamentación. Finalmente, no se puede pretender dejar todo en manos de la costumbre y la jurisprudencia, pues se debe reconocer que no es tradición jurídica para estas latitudes la resolución de conflictos en contexto *commom law* sino echando mano de la regulación normativa preexistente.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORÓS, Manuel. El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 569, Madrid, 1985.

BESSONE, Mario. *Trattato di diritto privato*, vol. XV, Torino, Italia, 1999.

BUONOCORE, Vincenzo. La locación financiera en el ordenamiento italiano. En AA.VV., *El leasing*, Buenos Aires: Astrea, 1990.

Code Civil de Quebec del año de 1991.

CUESTA, José María. Reflexiones en torno al *leasing*. En *Revista de Derecho Mercantil*, N° 118, Madrid, 1970.

Decreto 1997 de 1988, República de Colombia.

Decreto 663 de 1993, República de Colombia.

Decreto 913 de 1993, República de Colombia.

Decreto Legge 918 del 30 de agosto de 1968 de Italia.

DURÁN, Edwin Giovanni. *El contrato de leasing financiero en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana, Especialización en Derecho Comercial, Bogotá D.C., 2004.

FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. En AA.VV., *El leasing*, Buenos Aires, Argentina, 1997.

GÓMEZ, Omar Ricardo. Leasing o arrendamiento financiero. En *Contribuciones a la Economía*, junio 2005. Texto completo en <http://www.eumed.net/ce/>

JINESTA, Ernesto. El contrato de leasing financiero (arrendamiento financiero) con opción de compra. *Revista Judicial, Costa Rica*, Año XVII, No. 55, marzo de 1992.

Ley 74 de 1989, República de Colombia.

Ley 35 de 1993, República de Colombia.

Ley 66/645 del 2 de julio de 1966 de la República de Francia.

Ley 55 del 10 de noviembre de 1967 de Bélgica.

Ley 26 del 29 de julio de 1988 de España, sobre disciplina e intervención en las entidades de crédito.

Ley 3ª del 14 de abril de 1994 de España, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito.

Ley 6099 del 13 de septiembre de 1974 de la República Federal de Brasil.

Ley 7132 de 1983 de la República Federal de Brasil.

Ley 18061 del 15 de noviembre de 1969 de Argentina, sobre entidades financieras.

Ley 24441 del 16 de enero de 1995 de Argentina.

Ley 25248 del 14 de junio de 2000 de Argentina.

LEYVA, José. El leasing y su configuración jurídica. *Vniversitas*, núm. 106. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, diciembre 2003. pp. 743-789.

MAVILA, Daniel. *Leasing financiero*. *Revista Industrial Data*, vol. 6, núm. 1. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 2003. pp. 86-88.

Ordenanza No. 67/837 del 27 de septiembre de 1967 de la República de Francia.

ROLIN, Serge. *El leasing*. Madrid: Editorial Pirámide, 1974.

Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2007028013-001 del 22 de junio de 2007.