

EL LEASING FINANCIERO INTERNACIONAL EN EL TRATADO UNIDROIT

MARIA DE LA SIERRA FLORES DOÑA
Profesora Titular de Derecho Mercantil

1. Introducción
 - 1.1. El contrato de *leasing* como fórmula para financiar el crecimiento y expansión empresarial.
 - 1.2. Modalidades contractuales del *leasing* y sus funciones económicas ("*Leasing* operativo"; "*leasing* financiero"; "*leasing* de retorno").
 - 1.3. El Tratado UNIDROIT y su fundamentación económica-jurídica
 2. Características generales del Tratado
 - 2.1. Ambito material-territorial
 - 2.1.1. El *leasing* financiero mobiliario
 - 2.1.2. El *leasing* internacional
 - 2.2. Naturaleza y caracterización normativa
 - 2.3. Interpretación del Tratado e integración de sus lagunas
 3. Naturaleza del contrato de *leasing* financiero internacional
 - 3.1. Contrato de *leasing* como contrato con causa financiera
 - 3.2. Relación entre el *leasing* y otras fórmulas de financiación empresarial
 4. Elementos del contrato
 - 4.1. Las partes y el vendedor
 - 4.2. Objeto
 - 4.2.1. Patrimonio empresarial
 - 4.2.2. Precio
 5. Contenido y cumplimiento
 - 5.1. Consideraciones generales
 - 5.2. Relación entre el vendedor y la empresa usuaria. En especial, la posición jurídica de la empresa usuaria
 - 5.2.1. El derecho a exigir la entrega al vendedor
 - 5.2.2. La resolución del contrato de compraventa
 - 5.3. Relación entre la sociedad de *leasing* y la empresa usuaria
 - 5.3.1. Obligaciones y derechos de la empresa usuaria
 - a. Utilización y conservación del equipo.
 - b. La restitución del equipo. Su destrucción durante la vigencia del contrato.
 - c. Otros deberes y derechos
 - 5.3.2. Obligaciones y derechos de la Sociedad de *Leasing*
 - a. El deber de garantizar la posesión pacífica
 - b. El derecho de propiedad sobre el equipo
 6. Incumplimiento del contrato
 - 6.1. Consideraciones generales
 - 6.2. Incumplimiento por la empresa usuaria
 - 6.3. Incumplimiento por la sociedad de *leasing*
 7. Modificación subjetiva del contrato de *leasing* financiero internacional. El "*Leveraged lease*".
 8. Responsabilidad de la Sociedad de *Leasing* frente a terceros
 9. Consideraciones finales
 - 10 Nota bibliográfica
- ANEXO
- Texto del Convenio UNIDROIT , sobre *Leasing* financiero internacional, adoptado en Ottawa, el 20 de mayo de 1988.

- Convenio "Principios UNIDROIT para los contratos del comercio internacional", de mayo de 1994

El *Leasing* financiero internacional en el Tratado UNIDROIT

1. INTRODUCCION

El Tratado UNIDROIT se refiere al contrato de *leasing* financiero internacional, esto es, al celebrado entre una Sociedad de *leasing* y un empresario con establecimientos (principal o secundario) situados en el territorio de dos Estados contratantes y caracterizado porque la primera adquiere elementos integrantes del patrimonio empresarial a un fabricante, según las instrucciones recibidas por su cliente y a quien se le entregará para su uso a cambio del pago de cuotas periódicas, al margen de que se le reconozca o no un derecho de opción de compra al término del contrato.

1.1. El contrato de *leasing* como fórmula para financiar el crecimiento y expansión empresarial

Los antecedentes de este contrato se encuentran a finales del siglo XIX. Ya desde su origen aparece como una fórmula alternativa de financiación empresarial. En concreto, para favorecer "la construcción de nuevas líneas ferroviarias y la adquisición de bienes de equipo de la industria americana y del Reino Unido". Pero el impulso más acusado tiene lugar con la crisis económica resultante de la segunda guerra mundial. En este plano se produce una profunda transformación en las ideas imperantes hasta entonces en el ámbito empresarial, pues se acepta que los empresarios recurran al crédito para cubrir los costes de reposición del patrimonio de la empresa. Hasta ese momento, los empresarios contaban con varias fórmulas de financiación externa. De un lado, la tradicional venta condicional. De, otro los préstamos bancarios. Con la

primera, el empresario tenía que realizar un desembolso inicial entre el 15 y el 20% del importe total de la adquisición, siendo esta cantidad excesiva en una época de crisis económica. Mayor dificultad se presentaba con los préstamos bancarios, que suponían una deuda excesiva para el empresario. Es entonces cuando surge el "*leasing* financiero" como alternativa a las figuras tradicionales. Mediante su realización las denominadas "sociedades de *leasing*" adquirirían bienes de equipamiento empresarial para ser utilizados por sus clientes-empresarios. De este modo se satisfacía el interés del cliente y de la sociedad de *leasing*. Por un lado, el cliente no se veía forzado a solicitar un préstamo para adquirir posteriormente los bienes en cuestión, tal y como sucedía con el recurso al préstamo. Asimismo, la empresa usuaria disponía inmediatamente del bien y lo afectaba a su actividad empresarial, sin tener que pagar una proporción significativa de su importe, tal y como acontecía en la venta condicional. Por otro, la sociedad de *leasing* obtenía una remuneración a su inversión en la adquisición del equipo, a través de rentas periódicas abonadas por sus clientes; igualmente, mantenía la propiedad del objeto durante la vigencia del contrato.

Las ventajas del contrato de *leasing* señaladas explican su extensión a Europa y Extremo Oriente, durante los años 50 y 60 del siglo XX. En esta época las operaciones de *leasing* constituyen ya una actividad de empresa desarrollada por las sociedades de *leasing*, tanto a nivel nacional como internacional. En un primer momento, las sociedades de *leasing* son sociedades independientes, aunque con una regulación similar a la de los bancos y otras instituciones financieras. Su objeto social lo constituía "la compra de bienes de equipo para posteriormente alquilar a sus clientes" en vez de "prestarles el dinero para que ellos lo adquiriesen", como ocurría con las operaciones concluidas por entidades bancarias. La primera sociedad creada fue la "United States *Leasing* Corporation", constituida en 1952, en San Francisco y sus clientes iniciales fueron grandes empresas (sociedades industriales, servicios públicos, bancos nacionales, etc.).

Progresivamente se asiste a un proceso paralelo de crecimiento del número de empresas del sector y de ampliación del objeto y modalidades de la operación de

leasing. En este sentido se constituyen Sociedades de *leasing* en el Reino Unido (*Leasing* au Royaume-Uni, en 1960), en Alemania (*Deutsche Leasing*, 1962), en el Japón (*Orient Leasing*, en 1962). En España se fundan las dos primeras sociedades de *leasing* en 1965. En esta época, las sociedades de *leasing* siguen conservando una cierta vinculación con las instituciones bancarias y paulatinamente irán asociándose entre ellas. Asimismo, las continuas necesidades que surgen en el ámbito empresarial explican la aparición de diversas modalidades del *leasing* en la práctica contractual (el operacional; de retorno y financiero) y la extensión de la operación a toda clase de bienes y útiles susceptibles de ser afectados a una actividad empresarial, normalmente de elevado coste (buques, ferrocarriles y aviones) o de rápida depreciación económica (tal y como sucede con los ordenadores y equipos informáticos; instrumentos de alta tecnología; fotocopiadoras).

La situación descrita supondrá un crecimiento mundial del sector de la contratación del *leasing* desde los años 70 hasta hoy. La importancia del contrato de *leasing* en el comercio internacional actual es incuestionable, principalmente en lo que se refiere al sector del transporte. Piénsese que flotas enteras de aviones y barcos están afectadas a la empresa mediante contratos de *leasing* financiero. Aunque el impulso inicial de las operaciones de *leasing* se produjo de la mano de los fabricantes de bienes de equipamiento empresarial, la verdadera expansión de la actividad se ha producido por la iniciativa de las sociedades de *leasing*. Estas actúan en solitario o agrupadas a otras, como es el caso de la Asociación internacional de *leasing* LEASEUROPA, integrada por 16 asociaciones nacionales y que agrupa el 80% de las empresas de *leasing* financiero en Europa. Por último, el contrato de *leasing* se ha visto sensiblemente favorecido por los propios Estados de los países desarrollados, mediante una legislación fiscal favorable, con el fin de facilitar la extensión de las relaciones comerciales internacionales, tanto entre países desarrollados como entre estos y los menos desarrollados.

1.2. Modalidades contractuales del *leasing* y sus funciones económicas ("*leasing* operativo", "*leasing* financiero", "*leasing* de retorno").

En la práctica contractual, el *leasing* es una categoría genérica, comprensiva de las especies conocidas como "*leasing* operativo" o "renting", "*leasing* de retorno" y "*leasing* financiero".

El denominado "*leasing* operacional u operativo" (*operating leasing*, *leasing operationnel*) se caracteriza porque el fabricante, que a su vez puede ser la sociedad de *leasing*, arrienda bienes de equipamiento empresarial sucesivamente a distintos empresarios a cambio de un cánón periódico y proporcional al valor del uso. En ambos casos, el contrato sólo produce efectos inter-partes, pues los intervinientes en la operación contratan directamente entre ellos. El "*leasing* operativo" recae generalmente en bienes muebles, con características standarizadas (calculadoras electrónicas, electrodomésticos, máquinas contables). La duración del contrato suele ser inferior a la vida económica útil del equipo. Los gastos de mantenimiento del equipo, seguros y otras cargas, así como el riesgo del envejecimiento económico del equipo, corresponden normalmente al fabricante (sociedad de *leasing* o el mismo fabricante).

En el "*Leasing* de retorno" (también denominado lease-back o sale and lease-back, cession-bail), los efectos del contrato se restringen igualmente a las partes, porque coinciden los interesados en la operación y en el contrato. En esta modalidad, se celebran dos contratos simultáneamente, pues el empresario-cliente vende el bien o los bienes en cuestión a la sociedad de *leasing* y ésta, a su vez, cede el uso de los mismos al cliente, reconociéndole o no un derecho de opción de compra al término del contrato. Con la celebración de los contratos, el empresario usuario pasa de ser propietario de los bienes afectos a su actividad de empresa a la condición de arrendatario.

El "*leasing* financiero" (*financial leasing*, *leasing* de financement o crédit-bail) es el más complejo, ya que las distintas prestaciones aparecen fundidas en un solo contrato, en el que están implicados tres sujetos: el "fabricante", "la sociedad de

leasing" y el "cliente o usuario". En este sentido, con la celebración del "contrato de *leasing* financiero", la sociedad de *leasing* adquiere los bienes de equipamiento empresarial a un fabricante, concediendo a otro empresario (denominado arrendatario) los derechos para su explotación a cambio de cuotas periódicas. La intervención de tres sujetos diferentes en la operación ha significado la calificación de esta modalidad como "*leasing* de estructura tripartita". De un lado, la sociedad de *leasing* (llamada arrendador, bailleur, lessor) que asume las posiciones jurídicas de "comprador" en la relación con el fabricante y de "arrendador" en la surgida con la empresa usuaria; de otro, la empresa productora de los bienes de equipo, que asume la posición jurídica de vendedor en la relación con la sociedad de *leasing* y que es un tercero extraño a la relación con la empresa usuaria; finalmente, la empresa usuaria (denominada arrendatario, preneur, lesse), que asume la posición jurídica de tercero a cuyo favor se concluye el contrato de compraventa y la de usuaria de los bienes adquiridos por la sociedad de *leasing* y eventualmente, de compradora en los casos en que ejerza el derecho de opción fijado en el contrato.

Dentro del *leasing* financiero se sitúa el "leveraged lease", utilizado frecuentemente para la adquisición de aviones. Se singulariza porque la sociedad de *leasing* sólo financia parte del precio de la adquisición. El resto se realiza con cargo a un crédito concedido por otra entidad financiera a cambio de la cesión a la misma de los derechos de la sociedad de *leasing* en el contrato.

Pero al encontrarnos ante esquemas de la práctica, elaborados al amparo del principio de autonomía de la voluntad imperante en materia de contratos, es posible la aparición de nuevos modelos y la combinación de los actualmente existentes; entre estos: un "*leasing* financiero con otro de retorno", si el vendedor del bien es al mismo tiempo el cliente a quien se le cede el uso del bien.

Desde el punto de vista de la funcionalidad del contrato, la modalidad de "*leasing* financiero de retorno" permite adaptarse a una situación patrimonial muy concreta de la empresa. De igual modo, el "*leasing* operativo" puede ser fácilmente

modificado o resuelto, previa comunicación a la sociedad de *leasing*. En cambio, la elección por el "*leasing* financiero" es una decisión empresarial irreversible, pues concluido el contrato, es inalterable el sistema de pagos dispuesto en el mismo. Y ello porque el riesgo de la depreciación, pérdida y destrucción de los bienes objeto del contrato es asumido íntegramente por la empresa usuaria, contrariamente a lo que sucede en el *leasing* operativo, que es soportado por la sociedad de *leasing*.

Bajo una perspectiva de economía de la empresa, el predominio de una determinada modalidad de *leasing* y de ésta respecto de otras fórmulas para financiar los elementos patrimoniales afectados a la empresa, es una opción de estrategia empresarial relativa a las inversiones a medio y largo plazo. Por ello la solución dependerá, entre otras, de las circunstancias concurrentes en cada empresario y de los estímulos económicos y jurídicos que se proyecten en cada una de las figuras financieras. Así, por ejemplo, el empresario podrá recurrir para adquirir o reponer los bienes de su empresa a una ampliación de capital, a la emisión de obligaciones, a la solicitud de un préstamo bancario o a una sociedad de *leasing*. La elección definitiva dependerá, no sólo de la capacidad o solvencia económica del empresario, sino también de los proyectos de inversión a medio y largo plazo, así como de otros estímulos externos a las distintas fuentes de financiación. A título de ejemplo pueden enunciarse, las Ayudas o subvenciones públicas a determinadas actividades; los tipos de interés a que estén sometidos los préstamos bancarios y los tipos de cambio, si se trata de una empresa multinacional; el tratamiento contable y fiscal de las diferentes alternativas financieras, etc. Y es precisamente este último tratamiento el que está detrás del éxito del contrato de *leasing* financiero en las esferas nacional e internacional.

1.3. El Tratado UNIDROIT y su fundamentación económica-jurídica

Sin embargo, la falta de unidad de las respectivas legislaciones nacionales en los elementos integrantes de la figura del *leasing* financiero y en los principios de política jurídica sobre los que se construía la protección del derecho de propiedad de la

Sociedad de *leasing* supusieron a esta última problemas de índole monetaria (principalmente, el de la repatriación de las cuotas pagadas por la empresa usuaria en el extranjero). Asimismo, la distinta configuración del "derecho de opción de compra" en los regímenes nacionales suscitaron obstáculos a la recuperación de los bienes explotados por un empresario no nacional o la polémica relacionada con la validez de las estipulaciones a favor de tercero y la fundamentación en torno a la administrabilidad de una acción directa de la empresa usuaria frente al fabricante. Estos inconvenientes, al tiempo que la necesidad de facilitar las inversiones en equipamiento empresarial mediante *leasing* entre países desarrollados y entre éstos y los que estaban en vías de desarrollo han justificado la elaboración y extensión de condiciones generales de la contratación por las propias sociedades de *leasing* para lograr una regulación uniforme de todos sus contratos de ámbito internacional. Similares motivaciones impulsaron los trabajos del UNIDROIT para la regulación supranacional del contrato de *leasing*.

Sin duda, la coexistencia entre normas diferentes en materia de Derecho internacional Privado a la hora de establecer los criterios de "conexión" en los respectivos regímenes nacionales y sobre los aspectos sustantivos del *leasing* podrían justificar los distintos intereses de política jurídica en que descansan las disciplinas nacionales, con la consiguiente imposibilidad de lograr un tratamiento único y uniforme en las cuestiones relativas al contrato de *leasing* financiero internacional, así como las que especialmente han preocupado a las sociedades de *leasing* y que dificultaban el desenvolvimiento de su actividad empresarial: la protección de su derecho de propiedad sobre los bienes objeto del contrato; la recuperación de los bienes entregados en "*leasing*" a empresas no nacionales o los problemas de credibilidad al plan comercial de un empresario extranjero. Pero junto a los problemas mencionados debe señalarse el recelo inicial de los Estados para reconocer la inadecuación del tratamiento jurídico de las operaciones de *leasing* conforme a los esquemas tradicionales a los que la misma se asimilaba, como el contrato de compraventa con reserva de dominio o el arrendamiento. Sólo cuando se admite, que la modalidad del *leasing* financiero no se corresponde con ninguna de las figura tipificadas, sino que tiene su propia causa, se abre paso a la elaboración de una normativa internacional

uniforme sobre el *leasing* mobiliario, como fórmula prevalente para facilitar las inversiones de equipamiento empresarial entre los países desarrollados y entre estos y los que están en vías de desarrollo. Resultado de ello fue el Convenio UNIDROIT sobre "arrendamiento financiero internacional", de mayo de 1988. No obstante, desde el inicio de los trabajos hasta su conclusión definitiva hubieron de salvarse muchas cuestiones. Entre ellas, la relativa a la naturaleza del Texto internacional; el carácter jurídico privado-público de sus normas; su ámbito material y las diferentes decisiones de política y técnica legislativa seguidas en los aspectos del contrato regulados en el Tratado y en las propias de Derecho internacional. En síntesis merecen destacarse en este lugar las siguientes fases y decisiones.

Los Trabajos preparatorios se sucedieron entre abril de 1975 y marzo de 1977, comprendiendo estudios y consultas con los círculos interesados en las operaciones de *leasing* (juristas, Cámara de Comercio internacional, asociaciones de *Leasing*, etc) para delimitar el campo de trabajo de la "Comisión de Estudios", encargada de elaborar una Propuesta de Convenio. En esta fase se decidió: que se trataría de "una normativa de Derecho privado de contratos, con exclusión de su régimen fiscal". Sería una "regulación uniforme pero flexible", que permitiera su adaptación a las diferentes particularidades de la práctica empresarial. El objeto de los trabajos se limitaría al "*leasing* financiero mobiliario", por su mayor complejidad frente a otras modalidades como la representada por el *leasing* "operativo y de retorno". Por último se dictaron "las líneas generales de la disciplina respecto al contrato de *leasing* financiero internacional": la no esencialidad de la opción de compra; su carácter mercantil; la correspondencia entre la duración del contrato y la vida económica del bien, etc.

Sobre estas ideas trabajó la Comisión de expertos pertenecientes a diferentes sistemas económicos y jurídicos (Bélgica, Brasil, Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Nigeria, Países Bajos, Reino Unido, Yugoslavia), con la que colaboraron organizaciones internacionales, expertos en Derecho bancario y de *leasing* (como la *Industrie-Leasing* Zurigo); Asociaciones internacionales de *leasing*, resaltándose la LEASEUROPA (integrada actualmente por 16 asociaciones nacionales y que agrupan

el 80% de las empresas de *leasing* financiero en Europa occidental). Fruto de esta colaboración conjunta será el primer Anteproyecto UNIDROIT para un Convenio de Derecho uniforme sobre el *leasing* financiero internacional. El texto es aprobado por el Consejo de Dirección, en su 63ª sesión (2-5 de mayo de 1984). Tras las observaciones realizadas al mismo por todos los implicados en las operaciones de *leasing* (delegaciones gubernamentales, banqueros, empresarios, asociaciones de *leasing* y juristas con experiencia en *leasing* internacional), el Anteproyecto de 1984 es modificado por los textos de 1985, 1986 y 1987.

Entre las diversas modificaciones acordadas, que permiten comprender e interpretar el Tratado resaltan las siguientes. En el plano de técnica legislativa, la pretensión inicial de elaborar una ley uniforme se desplaza por la de Convenio internacional por considerar, que la elaboración de una ley modelo apenas mejoraría la situación de la práctica internacional, propiciada por las sensibles diferencias en el tratamiento nacional del *leasing*. Por el contrario, la realización de un Convenio internacional tendría una mayor aceptación por parte de los Estados nacionales, con lo que se lograría la plena realización de todo el potencial del *leasing* internacional. En el plano político, la elaboración del texto deja de ser competencia de la "Comisión de Estudios" para asumirse por la Comisión de "expertos gubernamentales". Finalmente la normativa internacional se amplía a los contratos sobre buques, aviones y material de ferrocarril, al tiempo que su contenido se restringe a los aspectos contractuales que no incidan en las reglas o instituciones jurídicas generales nacionales (como las condiciones de los contratos o la Quiebra), salvo las que sirvan para solucionar los problemas con los que se han encontrado tradicionalmente las sociedades de *leasing* frente al fabricante, empresa usuaria y terceros. El Proyecto elaborado por la Comisión de expertos gubernamentales, de abril de 1987 se discutió en la Conferencia diplomática de Ottawa y de la misma resultó la "Convención sobre arrendamiento internacional", adoptada el 20 de mayo de 1988; en vigor desde el uno de mayo de 1995.

En el marco general en el que ahora se expone el Tratado, su restricción a

10

determinados aspectos del *leasing* y las decisiones de política y técnica legislativa adoptadas para su regulación son generalmente consecuentes con la pretensión económica del legislador internacional, de estimular estas operaciones en el tráfico internacional, olvidándose en ciertos casos de su pretendida finalidad jurídica, de mantener un justo equilibrio de los intereses de las distintas partes implicadas en la operación, tal y como se formula en el párrafo primero del Convenio. Asimismo, el carácter predominantemente dispositivo o voluntario del Tratado significa, que el sistema de prelación de fuentes en la determinación del régimen jurídico aplicable al contrato de *leasing* financiero internacional sería el similar al de cualquier otra figura contractual, dependiendo de si las partes han elegido o no una ley aplicable para resolver sus controversias -ya en vía judicial o arbitral-, en virtud del principio de autonomía de la voluntad conflictual reconocido en la generalidad de los ordenamientos nacionales para los contratos entre empresarios y en los Textos internacionales previsiblemente aplicables al supuesto que nos ocupa (entre ellos, el Convenio de Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 1980 -Art. 3-; el Convenio de Viena, sobre compraventa internacional de mercaderías, de 1980 -Art. 6-; o el Convenio UNIDROIT, relativo a los Principios de los contratos internacionales, de 1994 -Art. 1-). En el primer caso, el régimen del contrato sería el dispuesto por las partes, en base al principio de autonomía material y siempre que el contenido del mismo sea acorde con los límites que para su desenvolvimiento se contemplen en la ley nacional o internacional que hayan elegido los contratantes, para resolver los problemas de laguna y controversias que surjan en la interpretación y cumplimiento del contrato. Si las partes no han elegido ninguna ley para resolver los problemas de laguna que se presenten en el contrato celebrado por ellas y demás cuestiones que aparezcan en torno a su interpretación y cumplimiento, la disposición aplicable será: la ley que resulte aplicable, según la norma de conflicto correspondiente y que podrá ser: la ley del lugar de la celebración del contrato (*lex loci contractus*), la ley del lugar de su ejecución o, finalmente, la ley del país con el que el contrato presente vínculos más estrechos; solución esta última predominante en los textos anteriormente señalados. Determinada la ley nacional aplicable al contrato en cuestión, deben individualizarse los preceptos reguladores del aspecto o aspectos controvertidos en el contrato de *leasing*,

pues frente a su regulación expresa en algunos ordenamientos (como el de Estados Unidos), en la mayoría (como acontece en España y Alemania), el contrato de *leasing* financiero no se corresponde con los esquemas contractuales tipificados y, de aquí, que la solución del problema de aplicación normativa pase por la previa asimilación del "*leasing*" al contenido de uno o varios de los contratos regulados por por el legislador.

Por ello, el avance más significativo hacia la uniformidad de los contratos de *leasing* financiero en el tráfico internacional se está produciendo por parte de las propias sociedades de *leasing*, pues la aplicación de la Ley nacional de esta última es la que resulta aplicable en la mayoría de los contratos internacionales. En los supuestos de manifestación expresa, porque el contrato se celebra mediante modelos de condiciones generales elaborados por las propias sociedades de *leasing*; quienes determinarán su ley nacional como aplicable a los contratos concluidos por ellas, en base al principio jurídico internacional de autonomía de la voluntad conflictual. En los supuestos de silencio y concluidos en el ámbito de la Unión Europea, porque esta es la solución que resulta de la aplicación del Convenio de Roma, de 1980, a favor de la "ley del país, con el que presente los vínculos más estrechos", esto es, "... con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica... tenga su administración central... o si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquel en que esté situado su establecimiento principal..." (Art. 4.1 y 2); solución a la que contribuye igualmente el "reconocimiento mutuo" del que gozan las sociedades de *leasing* en el entorno de la Unión Europea (conforme a la interpretación conjunta de los arts. 2.6 y 18 de la Directiva 89/646/CEE, sobre Entidades de Crédito). Finalmente, las posibles orientaciones y límites en la elaboración e interpretación de los contratos internacionales son de gran relevancia los Principios UNIDROIT sobre contratos mercantiles, cuya expansión se está produciendo por la labor de los Tribunales arbitrales internacional, progresándose en el acercamiento y uniformidad de las reglas en materia de validez, interpretación, contenido y cumplimiento de los contratos -Capítulos 3 a 6-; en la significación y consecuencias del incumplimiento contractual -Capítulo 7-; en el desequilibrio contractual esencial entre las partes Sección 2 del capítulo 7-).

2. Características generales del Tratado.

2.1. Ambito material-territorial

1.1. El *leasing* financiero mobiliario.

El ámbito material del Tratado UNIDROIT se restringe al *leasing* financiero denominado, de estructura personal tripartita (arts. 1, 3 y 4), puesto que el legislador internacional renunció expresamente a elaborar un modelo legal válido para las distintas modalidades comprensivas en la categoría contractual del *leasing*.

La exclusión del *leasing* operacional y de retorno se criticó en un Congreso celebrado en New York, en mayo de 1981. En favor de la extensión de la normativa internacional a todas las modalidades del contrato de *leasing* se señaló, que en la práctica americana y europea se concluían muchas operaciones de *leasing* operacional, en la que los fabricantes actuaban de igual modo que lo hacían las sociedades de *leasing* en la modalidad financiera. De otro lado, la exclusión del *leasing* operacional podría significar el recelo de las empresas usuarias, de someter su contrato a la legislación internacional. En contra de la opinión de los Estados Unidos, la Comisión de Estudios propuso restringir la disciplina internacional al *leasing* financiero. En su favor se argumentó, que la importancia del contrato de *leasing* financiero en la práctica empresarial no era comparable con la alcanzada por otras modalidades. Asimismo, los problemas del *leasing* operacional o "bipartito" podían resolverse con las soluciones legislativas en materia de arrendamiento y venta condicional, contrariamente a lo que sucedía en el *leasing* financiero o "tripartito". Se insistió en la originalidad de este último, basada en la concurrencia de elementos típicos y atípicos en la operación dando lugar a problemas complejos, que no se resolvían fácilmente con los esquemas contractuales clásicos. En este marco se declaró, que la razón de la exclusión de responsabilidad por saneamiento de la sociedad de *leasing* respecto del estado del material o equipo objeto del contrato residía en la función estrictamente

financiera de la operación, pero dicha exclusión resultaba injustificada en el marco legal del arrendamiento e inviable si la sociedad de *leasing* era el mismo fabricante de los bienes explotados por la empresa usuaria. De igual modo, la inexistencia de vínculo contractual entre el fabricante de los bienes explotados con la empresa usuaria conllevaba numerosos problemas internacionales. Entre ellos, el reconocimiento del fundamento del derecho de una acción directa de la empresa usuaria frente al fabricante de los bienes, tal y como se contemplaba en los modelos de contratos internacionales. Este último problema no se suscitaba en las modalidades de *leasing* operacional y de retorno, en los que los intervinientes en la operación coincidían con las partes en el contrato. En cambio, en el *leasing* financiero la sociedad de *leasing* se interpone entre el fabricante y la empresa usuaria de tal forma, que compra los bienes del primero y se los arrienda a la segunda. De este modo, la empresa usuaria dispone inmediatamente del equipo deseado para su actividad empresarial, sin necesidad de desembolsar su importe íntegro y la sociedad de *leasing* recupera el importe de su inversión más los intereses correspondientes, mediante los pagos periódicos que satisface la empresa usuaria. En todo caso, la extensión del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 1980 se defiende por la doctrina que lo comenta para los contratos mixtos como el de *leasing* con opción de compra, siempre que el interés del comprador en la compra sea mayor que en la resolución de la relación de uso anterior.

El legislador internacional sólo se ocupa del *leasing* mobiliario, esto es, el que tiene por objeto "cualquier equipo", ya sean "instalaciones, bienes de capital u otros equipos" (art. 1.1.a y 4). Esta orientación es acorde con la definición ya consolidada en la práctica internacional a través de la Federación de la Asociación profesional LEASEUROPA y en un intento de comprender todos los elementos que normalmente constituyen el objeto del contrato en los diferentes sistemas nacionales. Aunque en el proyecto inicial se excluyeron los contratos de *leasing* de buques, aviones y material de ferrocarril, estos se incluirán posteriormente en el ámbito de la normativa internacional. La exclusión del *leasing* inmobiliario del ámbito material del Convenio se debe a la poca trascendencia de la operación en el tráfico internacional y a las dificultades de técnica

legislativa que conlleva la unificación de los principios nacionales válidos para bienes inmuebles y muebles.

El Tratado sólo se ocupa de algunos aspectos del régimen privado del Derecho de contratos. Entre ellos, regula el uso y devolución del bien por la empresa usuaria (art. 9); establece medidas tendentes a asegurar el cumplimiento de las previsiones por daños ocasionados a favor de la sociedad de *leasing* (art. 12); contempla la cesión de los derechos de la sociedad de *leasing* (arts. 2 y 14). También se ocupa de cuestiones propias de Teoría general de Obligaciones y del Derecho de quiebra (tal acontece con el temario relativo a la exclusión de la responsabilidad extracontractual de la sociedad de *leasing* -art. 8.1.b- y la protección del derecho de propiedad de la sociedad de *leasing* frente a determinados acreedores de la empresa usuaria -art. 7-). Asimismo se establecen normas de Derecho Internacional (arts. 15 a 25) y líneas para la aplicación, interpretación e integración de lagunas (arts. 5 y 6).

La regulación parcial del contrato de *leasing* financiero internacional y las decisiones de política y técnica legislativa seguidas por el Convenio son generalmente consecuentes con la pretensión legislativa, de estimular estas operaciones en el tráfico del comercio internacional. No obstante, algunas de las decisiones del Tratado son discutibles en atención a la pretendida finalidad, de mantener un justo equilibrio de los intereses de las distintas partes implicadas en la operación, tal y como se formula en el párrafo primero del Convenio. En este sentido pueden señalarse, los términos amplios y funcionamiento automático con que se establece la protección del derecho de la sociedad de *leasing* frente al posible incumplimiento de la empresa usuaria, contrariamente a las restricciones y presupuestos con que se configura el supuesto contrario (arts. 12 y 13); el casuismo con que se regula la obligación de la empresa usuaria, de utilizar y conservar el equipo (art. 9), frente a la generalidad y ambigüedad con la que se contempla el deber de la sociedad de *leasing*, de garantizar la posesión pacífica a la empresa usuaria (art. 8.2).

2.1.2. El *leasing* internacional.

15

El Texto se restringe al *leasing* financiero internacional. La internacionalidad del contrato se determina mediante un criterio mixto de índole objetiva y de carácter alternativo, con total indiferencia del criterio subjetivo. Así se declara expresamente en el art. 3, que dice:

"1. La presente Convención se aplicará cuando el arrendador y el arrendatario tengan sus establecimientos en Estados diferentes y:

a) aquellos Estados y el Estado en que el proveedor tiene su establecimiento sean Estados Contratantes; o

b) tanto el contrato de suministro y el contrato de arrendamiento se rijan ambos por la ley de un Estado Contratante.

2. Cualquier referencia en la presente Convención al establecimiento de una parte, designará, si tiene más de un establecimiento, al establecimiento que guarde la relación más estrecha con el contrato en cuestión y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración de ese contrato o en el momento de su celebración".

Aun cuando la expresión "establecimiento" se ha identificado con el correspondiente a la "sede social", la interpretación coordinada de los dos números del precepto reproducido manifiesta que el término "establecimiento" al que se refiere el legislador viene determinado, indistintamente, por el lugar en que se encuentra la "sede social" (esto es, el establecimiento principal) o la "sucursal" (esto es, el establecimiento secundario). Consiguientemente, el Convenio podría aplicarse, entre otros, al *leasing* internacional estricto (también denominado "foreign to foreign *leasing*"), en los que el fabricante, la sociedad de *leasing* y la empresa usuaria tienen sus establecimientos principal o secundario en territorios nacionales diversos y siempre que sus Estados sean contratantes (art. 1). También se aplicaría al *leasing* de exportación (export *leasing*), esto es, a los supuestos en que el fabricante y la sociedad de *leasing* tienen su "sede social o sucursal" en el mismo Estado. En cambio quedaría fuera de la normativa internacional, el *leasing* de importación, en los que sólo el fabricante pertenece a un Estado extranjero, respecto de aquél en que tienen su establecimiento principal o secundario la sociedad de *leasing* y la empresa usuaria.

De modo similar a lo que acontece con otras opciones, la restricción del

Convenio al *leasing* internacional descansa en el recelo de los Estados nacionales de ser partes en textos que pudieran comprometer su legislación interna. No obstante, ello no impide, que la regulación contenida en el Tratado pueda servir de base e inspiración a una disciplina nacional sobre el *leasing*, principalmente en países que no cuentan con disposiciones específicas de Derecho sustantivo privado.

2.2. Naturaleza y caracterización normativa

El Convenio internacional se estructura en tres capítulos. El primero relativo al ámbito de aplicación y disposiciones generales (arts. 1 a 6). El segundo se ocupa de las particularidades establecidas en materia de derechos y obligaciones de las partes (arts. 7 a 14). En el tercero se trata predominantemente de cuestiones de Derecho Internacional (arts. 15 a 25).

Sistemáticamente el Tratado sobre *leasing* financiero mobiliario internacional se integra en el sector de obligaciones y contratos del Derecho Mercantil internacional, ya que se refiere a una materia integrada en el ámbito de vigencia mercantil. Así se desprende del carácter empresarial de los sujetos implicados en la operación (art. 1); de la exigencia, que los mismos tengan su establecimiento en Estados distintos (art. 1); de la exclusión de los bienes de consumo del objeto del contrato (art. 1.4) y de la materia regulada en el Convenio: aspectos jurídicos-privados de las relaciones integrantes del contrato de *leasing*, en conexión con las especiales exigencias del tráfico empresarial (según se declara expresa e implícitamente en el Preámbulo del Tratado). Fuera del mismo queda el tratamiento contable y fiscal de la operación de *leasing*.

En el Tratado coexisten normas de Derecho sustantivo y de Derecho Internacional Privado, con lo que la regulación de los contratos de *leasing* financiero internacional seguirá sin unificarse. La posible uniformidad internacional dependerá de la solución prevista en la norma nacional que resulte aplicable conforme al reenvío

dispuesto en el mismo Tratado en materias tales como la relativa a la incorporación o fijación de un equipo a un inmueble (art. 4.2) o la reguladora de la publicidad del derecho de propiedad de la sociedad de *leasing* (art. 7.3). Nuevamente estamos en presencia de una solución positiva desde el punto de vista económico, ya que favorece la expansión internacional de la operación y puede suponer una mayor aceptación por parte de los diferentes Estados. Sin embargo es discutible jurídicamente, porque no se logra la regulación uniforme de las diferentes controversias surgidas en el seno del contrato, ni siquiera en los aspectos regulados en el Tratado. El problema se acentúa porque tampoco se reconoce a una jurisdicción internacional específica la competencia para interpretar las normas.

En general, las normas del Convenio son predominantemente dispositivas, pues las partes normalmente pueden excluir su aplicación (art. 5.1), establecer excepciones o modificar sus efectos (art. 5.2). Esta decisión responde a la pretensión económica del legislador internacional, de fomentar y estimular el desarrollo de las operaciones de *leasing* internacional. Por ello y hasta una completa integración del Tratado en las legislaciones internas, el mismo debe considerarse como una fuente supletoria respecto de lo dispuesto por las partes en el contrato, según el juego de la autonomía de voluntad material y conflictual, reconocido universalmente. Con alcance restringido para el deber de garantizar la posesión pacífica por parte de la sociedad de *leasing* (art. 8.3) y los límites de la autonomía de la voluntad contractual en la determinación de los daños ocasionados a la sociedad de *leasing* por incumplimiento de la empresa usuaria (art. 13.3b y 4), el contenido del Tratado tiene carácter imperativo.

Por consiguiente, la regulación fragmentaria y predominantemente dispositiva del Tratado explica que el avance hacia un régimen uniforme se esté produciendo de la mano de las propias sociedades de *leasing*, quienes adaptan el régimen contractual a través de sus condiciones generales, elaboradas al amparo de los principios de autonomía de la voluntad conflictual y material, generalizados en los textos legislativos nacionales e internacionales, conforme se ha indicado anteriormente.

2.3. Interpretación del Tratado y la integración de sus lagunas.

El Tratado se interpretará de acuerdo con la pretensión de uniformidad manifestada en el párrafo quinto del preámbulo y, en su defecto, con el principio de la buena fé que rigen en el comercio internacional. Del mismo modo, las lagunas se cubrirán según los principios generales en que se inspira el Tratado y, en su defecto, según la ley aplicable determinada por las reglas del Derecho Internacional Privado. En este sentido son claros los términos del art. 6, que dice:

"1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su objeto y propósitos, tal y como se expresan en el Preámbulo (la necesidad de hacer más accesible el arrendamiento financiero internacional requiere remover ciertos impedimentos jurídicos al arrendamiento financiero internacional de equipos y de mantener un justo equilibrio de los intereses de las distintas partes de la operación), su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado".

3. Naturaleza del contrato de *leasing* financiero internacional

3.1. Contrato de *leasing* como contrato con causa financiera

El Tratado renuncia al contenido rígido del contrato de *leasing* financiero internacional, a favor de una fórmula amplia y flexible en el art. 1, que dice:

"1.- La presente Convención regirá las operaciones de arrendamiento financiero internacional que se describen en el párrafo 2, en las cuales una parte (el arrendador),

a) conforme a las especificaciones de otra parte (el arrendatario), celebra un contrato (el contrato de suministro) con una tercera parte (el proveedor) en virtud del cual el arrendador adquiere instalaciones, bienes de capital u otros equipos (el equipo) bajo los términos aprobados por el arrendatario en lo que concierne a sus intereses, y

b) celebra un contrato (el contrato de arrendamiento) con el arrendatario, el cual concede al arrendatario el derecho de usar el equipo mediante el pago de arrendamientos.

2. el arrendamiento financiero a que se refiere el párrafo precedente constituye una operación que reúne las siguientes características:

a) el arrendatario especifica el equipo y elige al proveedor sin depender primordialmente de la habilidad y juicio del arrendador;

b) el equipo se adquiere por el arrendador en virtud de un contrato de arrendamiento, que ha sido celebrado o está por celebrarse entre el arrendador y el arrendatario, del cual el proveedor está en conocimiento; y

c) los arrendamientos estipulados en el contrato de arrendamiento se calculan tomando especialmente en cuenta la amortización del total o de una parte sustancial del costo del equipo.

3. La presente Convención se aplicará sea o no que el arrendatario tenga o ulteriormente adquiera la opción de comprar el equipo o de mantenerlo en arrendamiento por un período mayor, e independientemente de si se trata de un precio simbólico o un arrendamiento residual.

4. La presente Convención se aplicará a las operaciones de arrendamiento relativas a cualquier equipo, excepto si éste ha de ser utilizado por el arrendatario principalmente para uso personal, familiar o doméstico".

La posición del Tratado es consecuente con la disparidad legislativa existente al respecto en los sistemas nacionales. También con su pretensión económica, de "hacer más accesible el arrendamiento financiero internacional". Y con las opciones definitivamente elegidas en el Convenio. Entre ellas, la regulación parcial de la operación; el carácter dispositivo de las normas y la coexistencia en el mismo de preceptos de Derecho sustantivo y de Derecho Internacional Privado.

Pero la ausencia de un contenido reglado para el contrato de *leasing* financiero, junto con su regulación parcial deja sin resolver la diversidad que en la práctica contractual se plantea respecto de las normas definitivamente aplicables; no sólo por el juego del principio de autonomía conflictual en todo o en algunas cuestiones relativas al contrato concluido entre ellas (conforme se autoriza en el art. 5), sino también en los casos en que el Tratado resulte aplicable y para la cuestión controvertida, el texto internacional reenvía a una legislación nacional. Así podría acontecer, por ejemplo, con el tema relativo a la incorporación del equipo a un inmueble (art. 4.2, que remite a la ley del Estado en que se encuentra el inmueble). Si en la legislación nacional definitivamente aplicable (ya por la expresa elección de las partes o porque así resulte de la aplicación de las correspondientes normas de conexión del Derecho Internacional Privado) se establece un régimen específico para el contrato de *leasing* financiero, a éste se acudiría para resolver los problemas de interpretación y contenido del contrato celebrado. En caso contrario la aplicación de la normativa nacional pasa por la previa asimilación de la figura creada en el Tratado con una o varias de las tipificadas en los respectivos ordenamientos nacionales.

En el marco de ideas descrito debe entenderse, que el *leasing* financiero no puede equipararse a la "venta". En primer lugar, porque la adquisición del bien objeto del *leasing* no es esencial al contrato, sino que depende de una manifestación autónoma y expresa de la voluntad del usuario, como consecuencia del ejercicio de su derecho de opción al término y en las condiciones prefijadas en el contrato. En segundo lugar porque la compraventa en el contrato de *leasing* no tiene sustantividad de por sí, sino que cumple una función instrumental de una operación financiera, de índole crediticia-remuneratoria de mayor entidad. Tampoco puede calificarse como un contrato de "arrendamiento especial", puesto que las prestaciones relacionadas con el precio, el uso del bien objeto del contrato y los riesgos de la pérdida y sustracción de este último se alejan bastante de las normas nacionales sobre arrendamiento, impidiendo su aplicación, sin más, a la cuestión controvertida. A título meramente enunciativo, en la determinación del precio, no sólo nos encontramos con el importe del valor en uso, como es propio del contrato de arrendamiento, sino también con el correspondiente a la devolución de la cantidad anticipada por la sociedad de *leasing* en la adquisición del bien, más la remuneración de dicho capital y la correspondientes a los servicios de mediación de la sociedad de *leasing*, que sólo se entienden en el marco de la operación financiera de *leasing*.

En cambio, el "contrato de *leasing* financiero internacional" configurado en el Tratado es un "contrato nuevo", surgido de la práctica empresarial de las sociedades de *leasing*, al amparo del principio de autonomía de la voluntad contractual; alejándose su causa con las tipificadas hasta ahora por el legislador internacional o en la mayoría de los ordenamientos privados nacionales. En efecto, en el *leasing* financiero nos encontramos con prestaciones propias de la "compraventa", "de la comisión", "del arrendamiento" del "contrato de opción" y de los "contratos en interés de terceros". Pero estas prestaciones no se dan aisladamente, ni en conexión con las figuras contractuales en las que normalmente se desenvuelven en los sistemas nacionales, sino que se yuxtaponen y combinan de tal forma, que dan lugar a un contrato con causa distinta de los contratos anteriores, generando una serie de obligaciones y relaciones interdependientes entre sí, cuya solución difícilmente puede reconducirse y

explicarse con los esquemas tradicionalmente tipificados.

La figura contemplada en el Tratado es técnicamente un contrato mixto, integrado por prestaciones pertenecientes a diferentes contratos típicos, sin que ninguno de ellos alcance la sustantividad suficiente como para atraer para sí la causa del contrato que se crea. De aquí, que aunque el legislador internacional en el art. 1.1. se refiere a la celebración de dos contratos: el calificado de "suministro" (1.1.a) y el de "arrendamiento" (1.1.b), esta dualidad es solo aparente, porque en realidad cumplen una función instrumental de otro contrato financiero, el de "*leasing* internacional" en el que se "mezclan y combinan los distintos elementos y prestaciones integrantes de los contratos bases", conformando un solo contrato, tal y como se desprende del enunciado del núm. 2 del citado art. 1 del Tratado.

De este modo, el contrato de *leasing* financiero internacional cumple su propia función económica, que es la de financiar la disponibilidad inmediata del equipo objeto del contrato (y sólo su propiedad con alcance eventual) adquirido exclusivamente a tal efecto por la sociedad de *leasing* y a cambio de que la empresa usuaria devuelva a ésta última y de modo gradual, el importe anticipado a través de la compra más los intereses devengados por la remuneración del capital invertido, a los que deben añadirse el de la retribución a la sociedad de *leasing*, por su función mediadora.

Esta calificación es, por lo demás, consecuente con todo el contenido del Tratado. Así se explica, entre otros, que el contrato de compraventa se realice "según las instrucciones del tercero" (art. 1.2.a), de modo similar a lo que es ordinario en los sistemas continentales de la comisión para la actuación del comisionista, pero con la diferencia fundamental, que estamos en una prestación que no se inserta en un contrato de comisión sino en uno de compraventa en interés de tercero que, a su vez, trae su causa en un contrato financiero y, por aquí, las particularidades a la hora de proceder a la aplicación analógica correspondiente. También explica, que el comprador (sociedad de *leasing*) actúe en nombre y por cuenta propia; que el vendedor conozca la conclusión o previsible celebración del contrato entre la sociedad de *leasing* y la

empresa usuaria (arts. 1.1.a y 2.b); que tras la celebración del contrato, la empresa usuaria adquiera el derecho a explotar los bienes objeto del mismo y también a exigir del vendedor (y no de la sociedad de *leasing*, con quien ha contratado) el cumplimiento del contrato de compraventa, de acuerdo con lo que se desprende en el art. 10 del Tratado y que se corresponde con lo dispuesto en los ordenamientos continentales para los contratos en favor de tercero.

Consiguientemente y respecto de aquellos ordenamientos que no cuenten con una regulación privada específica para el *leasing* financiero, los problemas que se planteen y que no puedan resolverse por lo dispuesto en el contrato celebrado por las partes habrán de solucionarse con arreglo a la aplicación analógica de las normas previstas para las figuras anteriormente señaladas, pero moduladas convenientemente por la mixtura de prestaciones que aparezcan en el contrato en cuestión y teniendo en cuenta la finalidad última de la figura de *leasing* internacional acogida en el Tratado, que es la de financiar la disponibilidad inmediata del equipo adquirido exclusivamente a tal efecto y a cambio de la devolución gradual por la Empresa usuaria a la sociedad de *leasing* del importe anticipado a través de la compraventa más los intereses devengados y la remuneración a la actividad de la Sociedad de *leasing*. Con todo, la configuración flexible del contrato de *leasing* en el art. 1 del Tratado internacional conducirá a distintas soluciones en materia de naturaleza jurídica, en función del contenido de las prestaciones concebidas por las partes y que serán el punto de referencia obligado para adoptar la solución definitiva, en cuanto a la normativa a aplicar.

Finalmente deben hacerse algunas precisiones terminológicas. El legislador internacional califica de "suministro" al contrato de adquisición del material por la sociedad de *leasing* (art.1.1.a), pero en realidad se trata de un contrato de compraventa, porque mediante su conclusión, una de las partes se obliga a entregar a la otra una cosa determinada y no entregas periódicas singulares del contrato de suministro. De igual modo, la expresión "arrendamiento financiero internacional", acogida en el Tratado es la propuesta por la Asociación LEASEUROPA presente en los

trabajos internacionales. Sin embargo es discutible, principalmente porque no se corresponde con la verdadera naturaleza del contrato objeto de nuestra atención, tal y como hemos visto hace un momento. Por otra parte, la expresión "arrendamiento financiero" podría suponer equívocos respecto del mismo término utilizado en algunas disposiciones nacionales; entre ellas, en la normativa española sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y referido a aquéllos "contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2... e incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario" (Disp. adic. séptima, núm. 1). En la medida que la opción de compra no es elemento conceptual del contrato de *leasing* financiero internacional, contemplado en el Tratado, como tampoco lo es su exclusiva función de "financiar un arrendamiento", debe rechazarse la terminología "arrendamiento financiero internacional". Al respecto se propone la expresión "contrato de *leasing* financiero internacional". De una parte, es una expresión que no conduce a los equívocos que la del arrendamiento financiero. De otra es consecuente con la naturaleza plural de este contrato en el Tratado internacional, en razón al contenido polivalente que las partes pueden acordar en la práctica contractual.

3.2. Relaciones entre el *leasing* financiero y otras fórmulas de financiación empresarial

Podríamos cuestionarnos el predominio de una determinada modalidad de *leasing* entre las existentes en la práctica contractual y de ésta respecto de otras fórmulas para financiar los elementos patrimoniales afectados a la empresa. Sin duda, estamos delante de una decisión empresarial, dependiente de la voluntad del empresario y como tal, condicionada por la forma jurídica en que se organice su titularidad y demás circunstancias concurrentes. Entre ellas, la política de inversión a medio y largo plazo; la disponibilidad patrimonial en un momento dado y otras posibles circunstancias externas, entre las que resaltarían, los estímulos económicos y jurídicos

proyectados en cada una de las figuras financieras. Por ejemplo, Ayudas o subvenciones públicas a determinadas actividades; tipos de interés de los préstamos bancarios; el tratamiento contable y fiscal de las operaciones; los distintos sistemas de control a que estén sometidas las inversiones extranjeras y posterior repatriación de los fondos al país del establecimiento de la sociedad de *leasing*, etc.. En este contexto se situaría la elección definitiva (alternativa o concurrente) para financiar todos o parte de los elementos patrimoniales de la empresa: mediante la ampliación de capital frente a una emisión de obligaciones; la solicitud de un préstamo bancario, el recurso a una sociedad de *leasing*; la decisión de un contrato de "*leasing* de retorno" en vez de uno financiero, etc.

Pero el éxito del contrato de *leasing* financiero internacional se debe a los estímulos fiscales y contables, que normalmente lo han acompañado en las legislaciones nacionales, como vía para favorecer el desarrollo y expansión del comercio entre los países desarrollados y entre ellos y los países menos desarrollados. De aquí, sus ventajas e inconvenientes desde el punto de vista empresarial.

Por lo que se refiere a la sociedad de *leasing* y al igual que acontece en el ámbito nacional, la operación financiera internacional presenta dos ventajas principales frente a otros instrumentos de financiación tradicional, como el préstamo, el anticipo y otras figuras crediticias. De un lado, con la celebración de un único contrato se consiguen los mismos resultados que mediante la conclusión de tres contratos, de naturaleza heterogénea, de "crédito", de "compraventa" y de "garantía". En efecto, en las operaciones de créditos tradicionales, la Entidad de crédito entrega una cantidad de dinero a su cliente (o le permite disponer de ella), a cambio de su posterior devolución más la correspondiente deuda de interés. Son de cargo y cuenta del cliente la adquisición del bien; asimismo, la afectación del bien adquirido al cumplimiento del contrato de crédito requiere la conclusión de un contrato accesorio de garantía, a favor de la Entidad financiera. Ciertamente, que esta operación podría simplificarse algo más, pero en ningún caso con la virtualidad del *leasing* financiero. En este último, mediante un "solo contrato" se instrumentan la "compraventa" y el "crédito",

permitiendo igualmente a la sociedad de *leasing* conservar la "titularidad" del bien objeto del contrato en concepto de propietaria y no de acreedor pignoraticio, como sucede en los casos señalados anteriormente. De otro, los beneficios fiscales y contables reconocidos al *leasing* financiero han promocionado tradicionalmente esta modalidad contractual frente a otras fórmulas crediticias.

Junto a las ventajas anteriores a favor del *leasing* internacional se han señalado igualmente otras de índole económica y jurídica. Entre las primeras se indican, que las sociedades de *leasing* extranjeras pueden asumir más riesgos, ya que con la extensión de sus negocios pueden acceder a un mercado más amplio para revender el material utilizado. También pueden asumir durante más tiempo los riesgos de envejecimiento de determinados bienes, como ordenadores y contenedores. En fin, los fabricantes y suministradores de bienes de equipo utilizan cada vez más el *leasing* como una ayuda para fomentar sus exportaciones y, de este modo, expandir su negocios a otros ámbitos y países.

La disposición del patrimonio empresarial por un contrato de *leasing* financiero presenta igualmente ventajas e inconvenientes para la empresa usuaria. En cuanto a las primeras, el *leasing* permite disponer inmediatamente del elemento patrimonial objeto del contrato, mediante un desembolso inicial muy inferior al de su adquisición total, con lo que su liquidez no se ve alterada a corto plazo. También permite cubrir al cien por cien el importe total de la operación (valor de contado, más intereses, más gastos de gestión más beneficio de la sociedad de *leasing*), contrariamente a lo que sucede con el préstamo bancario, que alcanza a una parte del coste del bien, debiendo cubrirse el resto con recursos propios de la empresa u otras fórmulas de financiación. Desde el punto de vista económico-contable también resulta positiva la operación de *leasing*, porque normalmente los ordenamientos nacionales consideran como gasto el importe de todas las cantidades que paga la empresa a la sociedad de *leasing*, con la consiguiente deducción en la base imponible del Impuesto sobre el Beneficio de sociedades, frente a la sola deducción de las cuotas de amortización del valor de contado del bien (en los casos de ampliación de capital y autofinanciación) o las cuotas

de amortización y gastos financieros (en los supuestos de emisión de obligaciones, préstamos u otras figuras crediticias).

El coste económico y la asunción del riesgo por pérdida del bien son los inconvenientes del *leasing* para la empresa usuaria . En efecto, el coste económico de la operación es más elevado que otras formas de financiación alternativas. Y ello porque el cálculo de las cuotas periódicas se realiza sobre la base del valor del bien objeto del contrato más los intereses de la cantidad anticipada por la sociedad de *leasing* mediante la compraventa del mismo, a los que se le añaden el importe de la gestión y el beneficio de la sociedad de *leasing*. Igualmente, la financiación mediante *leasing* puede aumentar el riesgo de desequilibrio patrimonial a medio y largo plazo, pudiendo dar lugar en caso extremo, a un sobreendeudamiento de la empresa en cuestión. A estos efectos puede señalarse, que no es igual que los elementos patrimoniales de una empresa sean propiedad de su titular a que lo sean de una sociedad de *leasing*. En el primer caso, siempre cabría la posibilidad de su venta, arrendamiento o constitución de una garantía sobre el mismo, como vía para satisfacer los créditos de quienes contraten con el empresario, contrariamente a lo que sucede en el supuesto de afectación del patrimonio de la empresa, mediante operaciones de *leasing*, en donde la propiedad del bien objeto del contrato no se adquiere hasta que se ejerce la opción de compra por parte del empresario-usuario.

Finalmente son predicables al *leasing* financiero internacional otras motivaciones individuales propias de las figuras del tráfico internacional. Tal sucede con el recurso al contrato de *leasing* internacional como vía para eludir las restricciones sobre importación y exportación de equipos o a los controles de cambio sobre préstamos internacionales. Aunque el FMI ha modificado la regulación referente a la declaración de las operaciones de *leasing*, el de ámbito internacional sigue concluyéndose para reducir la incidencia de las importaciones. De igual modo, los grupos de empresas multinacionales vinculadas al sector del petróleo recurren al *leasing* como fórmula para reducir los riesgos políticos de la "confiscación" y "secuestro" de los buques.

4 Elementos del contrato.

4.1. Los partes y el vendedor.

La denominación de los sujetos implicados en el contrato de *leasing* internacional se cuestionó por la Comisión de estudios, partidaria de elegir términos nuevos y consecuentes con el carácter especial del contrato de *leasing* financiero, así como con la función que cada uno de los sujetos cumplía en la relación. A esta idea obedeció la decisión inicial en torno al "suministrador" (*fournisseur*); "financiera" (*financier*) y "usuario" (*utilisateur*). Sin embargo, esta primera idea se modificó en favor de términos más clásicos como el de "arrendador" (*bailleur*) y "arrendatario" (*preneur*) para referirse a las partes; con una significación distinta a los arrendadores y arrendatarios del contrato arrendaticio, en razón a las funciones atípicas que los mismos asumían en el contrato de *leasing*. De acuerdo con ello, el art. 1 del Tratado se refiere al "proveedor", "arrendador" y "arrendatario" en la letra a cuando dice que "... una parte (el arrendador) ... conforme a las especificaciones de otra parte (el arrendatario)", celebra un contrato de suministro con una tercera parte (el proveedor)..." El término "proveedor" es consecuente con la calificación de "suministro", que el propio Tratado realiza respecto del contrato de compraventa, celebrado entre la Sociedad de *Leasing* y el Fabricante (art. 1.1.a). De igual modo, las expresiones "arrendador y arrendatario" se corresponden con la consideración de "arrendamiento" al contrato concluido entre la sociedad de *leasing* con la empresa usuaria (art. 1.1.b).

Sin embargo, las referencias subjetivas del Tratado son equívocas respecto de la naturaleza de la posición jurídica que cada uno de los sujetos asume en las relaciones jurídicas que integran el contrato de *leasing* financiero internacional. En su lugar se proponen las de "vendedor", "Sociedad de *leasing*" y "Empresa usuaria". Conforme a lo ya manifestado y en base a lo dispuesto en el art. 1 del texto internacional, el "vendedor" es la persona que se compromete con la Sociedad de *leasing* a entregar los bienes objeto del contrato al empresario designado en el mismo. La sociedad de *leasing* es la parte que adquiere el bien para ceder su uso a la

Empresa usuaria o, con mejor terminología jurídica "el empresario", como sujeto, titular jurídico de la empresa. Y este último es quien explota el bien contractual en el desarrollo de su actividad económica y tiene reconocido el derecho de opción respecto del mismo, en los casos en que así se contemple en el contrato en cuestión.

La naturaleza empresarial de las partes contractuales determina la mercantilidad del contrato de *leasing* financiero regulado en el Tratado, según resulta de la exclusión del mismo a las "operaciones relacionadas con objetos destinados al uso personal, familiar o doméstico del usuario" (art. 1.4). De igual modo, el carácter financiero de la sociedad de leasing justifica el sometimiento de su constitución y actividad social a la normativa especial de las Entidades de créditos que, por lo que se refiere al ámbito de la Unión Europea se encuentra en la Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, en donde las "sociedades de *leasing*" son Entidades financieras (Art. 1.6), entre cuyas actividades se inserta el "arrendamiento financiero" (Anexo 3); sometiéndose su constitución a autorización administrativa (art. 4) y gozando de reconocimiento mutuo en el seno de la Unión Europea (conforme a la interpretación conjunta de los artículos 2.6 y 18).

4.2 Objeto.

4.2.1. Patrimonio empresarial

En cuanto a los bienes y derechos sobre los que puede recaer el contrato de *leasing* los arts. 1 y 4 se refieren a "cualquier equipo" (art. 1.4). Este se concibe ampliamente como "instalaciones, bienes de capital y otros equipos" (art. 1.1.a). Trae su fuente de inspiración en los términos utilizados en la práctica contractual por la Asociación LEASEUROPA, comprensivo de bienes de equipamiento, material y demás utensilios empleados en las actividades empresariales. En este sentido, es indiferente la naturaleza jurídica del bien objeto del contrato, como por ejemplo: aviones, contenedores, barcos, fotocopiadoras, ordenadores, etc. Junto a ellos podría igualmente incluirse como objeto del contrato cualquier elemento patrimonial susceptible de ser afectado a la actividad de empresa, como por ejemplo, derechos de

propiedad industrial. Esta posición se apoya en el ámbito objetivo del contrato a todos los elementos empresariales, con la sola exclusión de los "utilizados para uso personal" del empresario (art. 1.4).

A los efectos de aplicación del Tratado es indiferente, que el "equipo esté incorporado a un inmueble" (art. 4.1.). No obstante, en estos casos y de acuerdo con el art. 4.2

"Las cuestiones relativas a la incorporación o fijación de un equipo a un inmueble, como los derechos respectivos del arrendador y de los titulares de un derecho real sobre el inmueble, se resolverán según la Ley del Estado en que se encuentre el inmueble".

4.2.2. Precio

Respecto del importe del contrato, el art. 1.2. fija el criterio para proceder al cálculo de los cánones a pagar por la Empresa usuaria a la Sociedad de *Leasing*. En la letra c) se dice:

"Los arrendamientos estipulados en el contrato de arrendamiento se calculan tomando especialmente en cuenta la amortización del total o de una parte sustancial del costo del equipo".

Sin duda, el tenor de este precepto establece la diferencia fundamental entre el "precio" del contrato de *leasing* financiero y el propio del contrato de arrendamiento, restringido al valor del uso. Asimismo, las previsiones en materia de determinación del precio del contrato de *leasing* condicionará inevitablemente la conducta de la Empresa usuaria en el sentido, de ejercer el derecho de opción de compra, máxime cuando el importe de este último es por un "importe residual o un arrendamiento simbólico", según dispone el art. 1.3 del Tratado.

5. Contenido y cumplimiento

5.1. Consideraciones generales.

En el capítulo II del Tratado, relativo a los "derechos y obligaciones de las partes", el legislador se refiere a cuestiones propias del Derecho especial de contratos

(art. 8, sobre la posición jurídica de la sociedad de *leasing* frente a la empresa usuaria; arts. 9 y 10, determinantes de la posición jurídica de la empresa usuaria frente a la sociedad de *leasing* y el vendedor, respectivamente) y a otras materias integrantes del Derecho de Quiebras y de teoría general de Obligaciones (arts. 7 y 8.1.b, relativos a la prevalencia del derecho de propiedad de la sociedad de *leasing* frente a algunos acreedores de la Empresa usuaria y a la exclusión de la responsabilidad extracontractual de la sociedad de *leasing* por los daños ocasionados por el equipo, respectivamente).

La selección de las materias se justifica por el legislador internacional, en ser "las afectadas por la estrecha interdependencia de los dos contratos en los que se articula la operación de *leasing* financiero". Sin embargo, el tratamiento de los mismos merece valoraciones divergentes desde la óptica de los intereses jurídicos, que supuestamente lo fundamentan. En este sentido en la ordenación de las relaciones jurídicas derivadas del contrato de *leasing* financiero internacional han merecido especial atención los intereses de la Sociedad de *leasing* frente a los del vendedor, de la empresa usuaria y acreedores de esta última. De este modo se desprende de la cláusula de exoneración de responsabilidad de la sociedad de *leasing* por los daños ocasionados por el equipo objeto del contrato (art. 8), las distintas alternativas reconocidas a la sociedad de *leasing* en caso de incumplimiento por parte de la empresa usuaria (art. 13) o la protección del título de propiedad de la sociedad de *leasing* frente a los acreedores de la empresa usuaria, en los casos de quiebra de esta última o como consecuencia del ejercicio de una acción ejecutiva provisional o definitiva respecto de los bienes objeto del contrato (art. 7). La postura definitivamente adoptada por el legislador internacional sólo puede entenderse en motivaciones económicas y en la lógica presión de las sociedades de *leasing* sobre los representantes gubernamentales, de obtener una respuesta adecuada a sus intereses en el seno de las operaciones internacionales, tal y como se reivindicó a lo largo de los trabajos del UNIDROIT. Esta idea se contrasta con la mera lectura de los contratos formalizados en la práctica empresarial, con arreglo a modelos standarizados por las sociedades de *leasing*.

5.2. Relación entre el vendedor y la empresa usuaria. En especial, la posición jurídica de la empresa usuaria.

5.2.1. El derecho a exigir la entrega al vendedor

La entrega del equipo o material objeto del contrato de *leasing* financiero es esencial para que la empresa usuaria pueda afectarlo a la actividad económica, de producción de bienes o prestación de servicios que constituya el objeto de su empresa. Si la entrega por el vendedor ya se ha realizado, esta materia no se contempla en la práctica contractual, según parece en algunos de los contratos concluidos con arreglo a modelos prefijados. En los demás supuestos y en ausencia de su previsión en la normativa internacional, la regulación de la entrega queda remitida a lo dispuesto por las partes en el contrato y, en su defecto, a la ley nacional o internacional que resulte aplicable según la expresa voluntad de las partes o como consecuencia de la aplicación de las normas de conexión del Derecho Internacional Privado contenidas en las legislaciones concurrentes.

En la práctica internacional previa a los trabajos de Convenio se generalizaba una cláusula según la cual, la sociedad de *leasing* se exoneraba de toda responsabilidad debida al vendedor en el cumplimiento de la obligación de entrega, por lo que la empresa usuaria asumía el riesgo por la falta de entrega o retraso por el vendedor. El tema se discutió en la Doctrina y Jurisprudencia. Aunque alguna sentencia judicial italiana defendió la nulidad del contrato, la opinión mayoritaria en el contexto comparado (Alemania, Francia, Italia y suiza) sostuvo la validez de la cláusula. La misma se apoyó en que el riesgo asumido por la empresa usuaria se contrarrestaba con el reconocimiento a la misma de los derechos de la sociedad de *leasing* en el contrato de compraventa, como si fuera parte del mismo. De este modo, la empresa usuaria estaba en condiciones de proteger sus propios intereses frente al vendedor. Esta última orientación se acogerá paulatinamente en algunos formularios nacionales e internacionales y también por el propio legislador internacional. Pero desde el

Anteproyecto de 1984 (art. 10) hasta la redacción última, la posición jurídica de la empresa usuaria se ha debilitado. En este sentido, el reconocimiento expreso de una acción directa de la empresa usuaria frente al vendedor, para exigirle la entrega de los bienes adquiridos por la sociedad de *leasing* o una indemnización por su incumplimiento se ha visto restringida a la acción de cumplimiento en el texto del Tratado, que dice:

"1. Las obligaciones del proveedor que se originen del contrato de suministro podrán ser igualmente invocadas por el arrendatario como si él mismo hubiera sido una parte en ese contrato y como si el equipo debiera serle suministrado directamente...".

"Los derechos reconocidos a la Empresa usuaria no podrán verse afectados por la modificación que se haga de cualquier término del contrato de suministro previamente aprobado por el arrendatario, salvo que él acepte esa modificación" (art. 11.b).

Por tanto, la acción frente al vendedor podrá ejercerse directamente por la sociedad de *leasing* y por la empresa usuaria. No obstante, queda sin resolver en el Tratado las cuestiones relativas al ejercicio de la acción directa de la Empresa usuaria para exigir el cumplimiento de la obligación de entrega a cargo del vendedor. Si la misma no se contempla expresamente en el contrato, su solución será problemática, al menos en los casos que no pueda probarse, que el vendedor conocía la cesión del bien adquirido por la sociedad de *leasing* a la empresa usuaria; extremo improbable en los casos en que se aplique el Tratado, por impedirlo el tenor del art. 1.

5.2.2. La resolución del contrato de compraventa.

La resolución total o parcial del contrato de compraventa, a instancias de la empresa usuaria está condicionada al consentimiento de la sociedad de *leasing* (art. 10.2). Esta postura es de lógica jurídica y consecuente con la regla general, de efectos *inter partes* en materia de contratos. En este sentido, la conclusión del contrato de compraventa entre el fabricante y la sociedad de *leasing*, con entrega de su objeto a l empresario designado en el mismo no altera la posición jurídica de los sujetos afectados por la celebración del contrato. Así, la sociedad de *leasing* sigue siendo parte contractual y, como tal, ella sigue siendo dueña del negocio. En cambio, la empresa usuaria es tercero, con el "exclusivo derecho a exigir el cumplimiento del contrato", de

acuerdo con la voluntad de las partes manifestada en el contrato.

Como cláusula de cierre y para prevenir abusos en la práctica empresarial, el art. 10.1, fin del Texto internacional

"... El proveedor no será responsable ante el arrendador y el arrendatario con respecto a un mismo daño."

5.3. Relación entre la sociedad de *leasing* y la empresa usuaria.

5.3.1. Obligaciones y derechos de la empresa usuaria.

a. Utilización y conservación del equipo.

Según la solución generalizada en algunos ordenamientos y modelos de contratos de la práctica internacionalm el art. 9.1 determina, que

"El arrendatario cuidará apropiadamente el equipo, lo utilizará en una forma razonable y lo mantendrá en el estado en que le fue entregado, teniéndose en cuenta el deterioro por su uso normal y cualquier modificación del equipo acordada por las partes".

Las obligaciones vinculadas al cuidado del bien son las que resulten de las condiciones normales de explotación. Así se establecía en el art. 8.1 inicial, al que posteriormente se le añade la cláusula "cuidado razonable", de influencia inglesa, pero que en realidad no supone ninguna novedad respecto al precepto inicial. En definitiva, el tenor del 9.1 del Tratado significa, que la empresa usuaria tiene la obligación de mantener el equipo objeto del contrato en buen estado de funcionamiento; obligación regulada pormenorizadamente en los contratos realizados conforme a modelos normalizados por las sociedades de *leasing*

b. La restitución del equipo. Su destrucción durante la vigencia del contrato.

El art. 9 del Tratado, correspondiente al 8 del Anteproyecto inicial declara que

"2. Al terminar el contrato, el arrendatario devolverá el equipo al arrendador en el estado descrito en el párrafo precedente (en el estado en que le fue entregado y teniendo en cuenta su depreciación derivada de un uso en forma razonable...)..."

En la elaboración del Convenio se discutió, si la normativa internacional tenía que ocuparse de la destrucción accidental del equipo durante la vigencia del contrato. Al respecto se indicaba, que el valor del equipo sería normalmente cubierto por un seguro, pero quedaba sin resolver el problema de la afectación de los desembolsos de las primas y de las consecuencias de la destrucción del material en relación con el contrato de *leasing*: si las sumas desembolsadas por el seguro debían utilizarse para recomprar otro, se cuestionaba si existía un nuevo contrato entre las partes o si permanecía el contrato original respecto del material adquirido. Los redactores de la normativa internacional decidieron remitir la solución del problema a las partes; observándose en la práctica una obligación impuesta a la empresa usuaria de asegurar los riesgos por daños y pérdida de los bienes objeto del contrato. En defecto de disposición contractual se estará al contenido de la ley nacional o internacional que resulte aplicable (por acuerdo contractual o por las normas de conexión del Derecho Internacional Privado).

c. Otros deberes y derechos.

De la normativa internacional se desprende, que la empresa usuaria tiene la obligación de pagar los "cánones" correspondientes a la utilización del bien objeto del contrato (art. 1.1.b y 2.c). Pese a que la regulación de la materia queda remitida a lo que acuerden las partes, el art. 1.2.c del Tratado establece el criterio para su determinación al declarar, que

"Los arrendamientos estipulados en el contrato de arrendamiento se calculan tomando especialmente en cuenta la amortización del total o de una parte sustancial del costo del equipo".

De este modo es fácil predecir el interés de la empresa usuaria, de ejercer el derecho de opción para la adquisición del bien afectado a su actividad empresarial en concepto de *leasing*; quedando el resto del régimen jurídico sin resolver en el Tratado.

5.3.2. Obligaciones y derechos de la Sociedad de leasing.

a. **El deber de garantizar la posesión pacífica.**

En la fase de elaboración del Convenio se discutió el temario relativo a la responsabilidad de la sociedad de *leasing* por la perturbación del goce pacífico. En el Proyecto de 1987 se establecían dos propuestas. Según la primera, la sociedad de *leasing* garantizaría, que el goce pacífico no se perturbaría por ninguna persona que tuviera o probara tener un título preferente sobre el bien, mediante una providencia judicial provisional. La segunda proponía la misma garantía, pero restringida a los casos en que la perturbación del goce fuera imputable a la sociedad de *leasing*, como consecuencia de un acto u omisión de la misma. En las opciones anteriores quedaba claro, que la primera dispensaba una mayor protección a la empresa usuaria, mientras que la segunda favorecía a la sociedad de *leasing*. Pues bien, esta última es la que se recogerá definitivamente en el art. 8.2 del Tratado, que dice:

"El arrendador garantizará al arrendatario que su posesión tranquila no será perturbada por una persona que tenga un título o derecho referente o ha hecho valer su derecho en el curso de un procedimiento judicial, siempre que tal título, derecho o demanda no deriven de un acto u omisión del arrendatario".

La protección del interés de la sociedad de *leasing* se refuerza con el carácter imperativo del precepto, a tenor del núm. 3, que en ningún caso se ve aliviado con la excepción prevista en el núm. 4, que dice:

"Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 no afectarán a cualquier otra garantía que, sobre la posesión pacífica, incumba al arrendador bajo la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado".

b. **El derecho de propiedad de la Sociedad de *Leasing* sobre el equipo.**

En torno al derecho de propiedad de la sociedad de *leasing* respecto del equipo objeto del contrato, el legislador se refiere a los aspectos conectados a su publicidad y a su protección respecto de algunos acreedores de la empresa usuaria. En cuanto a la

primera cuestión, en la fase de elaboración del Convenio se entendió que en todos los supuestos de disociación entre la propiedad y la posesión de un bien era preciso informar eficazmente a los terceros, de que el bien en cuestión estaba gravado con una "reserva de propiedad". En la práctica contractual del *leasing* se habían ensayado algunas fórmulas, que permitían a los terceros conocer que un determinado bien pertenecía a una sociedad de *leasing* y no a la empresa que lo tenía afectado a su explotación. Entre ellas, la incorporación de una "chapa" (plaques) al bien objeto de un contrato de *leasing*; la anotación correspondiente en el Balance o un sistema de inscripción registral. Sin embargo, las distintas opciones se mostraron ineficaces en la realidad empresarial. La primera porque la chapa se sustraía fácilmente. La segunda porque la función del balance no era ni es la de lograr la publicidad respecto de una categoría específica de bienes. Finalmente, el sistema de inscripción era eficaz para informar a los terceros del derecho de propiedad de la sociedad de *leasing*, pero presentaba serias dificultades su transposición y generalización a los distintos ordenamientos. En efecto, el modelo de inscripción, configurado sobre el contenido del art. 9 del Código de comercio uniforme de los Estados Unidos era una fórmula compleja y difícil de incluir como un instrumento internacional, máxime cuando la mayoría de los sistemas nacionales no contaban con un sistema similar. Las dificultades señaladas fueron las argumentadas por el Comité de Estudios para proponer la "necesidad de una publicidad, acompañada de una sanción", pero dejando su organización y articulación a la libre autonomía de los Estados contratantes. Resultado de ello fue el art. 5 del Anteproyecto, que declaraba:

"El arrendador puede oponer a los terceros su derecho de propiedad sobre el material, siempre que haya cumplido las reglas de publicidad dispuestas en la ley del Estado en que tenga el establecimiento principal el arrendatario".

El precepto fue criticado por su falta de rigor técnico, modificándose en los textos sucesivos. La redacción definitiva refuerza la posición jurídica de la sociedad de *leasing*, mediante el establecimiento de una regla general de oponibilidad frente a algunos acreedores de la Empresa usuaria (art. 7.1), condicionada al cumplimiento de las normas sobre publicidad (7.2), que presenta particularidades para determinados objetos, como los barcos o aviones (7.3). El tenor literal del Tratado es el siguiente:

"1. a) Los derechos reales del arrendador sobre el equipo serán oponibles al síndico de la quiebra y a los acreedores del arrendatario, incluyendo los acreedores que posean un título de ejecución definitivo o provisional.

b) A los efectos de este párrafo, el término "síndico de quiebra" comprende un liquidador, administrador u otra persona nombrada para administrar el patrimonio del arrendatario para beneficio del conjunto de los acreedores.

2. Si conforme a la ley aplicable, los derechos reales del arrendador sobre el equipo sólo son oponibles a una persona de las referidas en el párrafo precedente si se cumplen las reglas de publicidad, habrán de cumplirse estas últimas.

3. A los efectos del párrafo precedente, la ley aplicable será la ley del Estado que, en el momento que una persona referida en el párrafo 1 tiene derecho de invocar las reglas referidas en el párrafo 2, es:

a) en el caso de una nave registrada, el Estado en que se ha registrado bajo el nombre del propietario (para los efectos de este apartado, un arrendador a casco desnudo no se considerará propietario);

b) en el caso de una aeronave que se ha registrado conforme a la Convención de Aviación Civil Internacional hecha en Chicago el 7 de diciembre de 1944, el Estado en que se haya efectuado tal registro;

c) en el caso de otro equipo que pertenezca a una categoría que normalmente se traslada de un Estado a otro, incluyendo motores de aeronaves, el Estado en que el arrendatario tiene su establecimiento principal;

d) en el caso de cualquier otro equipo, el Estado en que se encuentra el equipo.

4. El párrafo 2 no afectará las disposiciones de cualquier otro tratado que obligan a reconocer los derechos reales del propietario sobre el equipo.

5. Este artículo no afectará la prioridad de cualquier acreedor que tenga:

a) un derecho de retención o de garantía sobre el equipo, constituidos o no en virtud de un contrato, a excepción de si deriva de un título de ejecución definitivo o provisional, o

b) cualquier derecho de secuestro, detención o disposición conferido específicamente en relación con las naves o aeronaves bajo la ley aplicable conforme a las normas de Derecho Internacional Privado".

La mera lectura del precepto reproducido nos manifiesta, que su contenido excede el ámbito específico del contrato de *leasing* para adentrarse en el que es propio del marco general del Derecho de Obligaciones y del de Quiebra. Por esta razón, el tenor del Tratado habrá de interpretarse a la luz de los principios y reglas ordenadoras del cumplimiento forzoso de las obligaciones en la legislación nacional que definitivamente resulte aplicable al caso concreto.

56. Incumplimiento del contrato

6.1. Consideraciones generales.

Pese a que el Convenio no define el incumplimiento, por considerarlo materia de teoría general de los contratos, el legislador internacional ha incorporado el casuismo que al respecto se presenta en la práctica contractual. De este modo se explica que al referirse al incumplimiento de la empresa usuaria, aquél no se conecta especialmente a una obligación ni a una conducta concreta de la misma (art. 13.1), contrariamente a lo que sucede con la sociedad de *leasing*. En este caso, el incumplimiento va referido a obligaciones concretas y su exigencia se condiciona a un acto u omisión imputable a la sociedad de *leasing* (arts. 8 y 12).

Este tratamiento diferenciado del incumplimiento cuestiona su fundamentación bajo la perspectiva finalista de la normativa internacional, de "mantener un justo equilibrio de los intereses de las distintas partes implicadas en la operación" (Exp. Motivos, primer párrafo). Bajo esta última finalidad, tendría que haberse elegido una disciplina homogénea en la materia del incumplimiento, sin perjuicio de que la gradación de sus consecuencias, según la importancia de la obligación en el contrato y la gravedad del incumplimiento. Veamos brevemente los distintos supuestos.

6.2. Incumplimiento por la empresa usuaria.

Mediante la llamada cláusula penal, el incumplimiento de las obligaciones a cargo por la empresa usuaria suponía en la práctica contractual la resolución del contrato, con la consiguiente restitución del bien a la sociedad de *leasing* y satisfacción a esta última de las cuotas impagadas y de las pendientes. La validez de esta cláusula se cuestionó por entender, que la sociedad de *leasing* no debe obtener por el incumplimiento mayores ventajas que las que resultarían si el contrato se concluyera normalmente. La solución definitiva al problema se contempla en el art. 13 del Tratado; en el que se reconoce una serie de acciones a favor de la sociedad de *leasing*, que difieren según la clase de incumplimiento y en los presupuestos para su ejercicio. En general, la sociedad de *leasing* puede recuperar el importe de los "cánones" impagados, junto con los intereses moratorios, así como el importe de los daños que le ha ocasionado el incumplimiento (art. 13.1). Si el incumplimiento es sustancial, las

partes podrán acordar expresamente, que la sociedad de *leasing* puede optar entre exigir el pago anticipado de los "cánones" futuros o instar la resolución del contrato, seguida de la restitución del bien y una indemnización por daños y perjuicios (núm. 2). Estos serán calculados conforme a lo dispuesto en el contrato y siempre que no resulten excesivos (núm.3.b), esto es, que no coloquen a la sociedad de *leasing* en una situación mejor que si se hubiera cumplido el contrato (núm. 2.b). A diferencia del Proyecto inicial, que establecía el carácter dispositivo de la norma, el texto definitivo declara su alcance imperativo, al declarar, que

"las partes no podrán establecer excepciones a las disposiciones del presente apartado ni modificar sus efectos (art. 13.3.b).

La sociedad de *leasing* podrá ejercer las acciones anteriores separada o conjuntamente. No obstante, el ejercicio de la acción de resolución y del pago de los "cánones" futuros se someten a una doble condición: que "la sociedad de *leasing* no haya tomado todas las precauciones necesarias para limitar su perjuicio" y que "reconozca al arrendatario una posibilidad razonable para remediar su falta si ello es posible" (art. 13, núm. 5 y 6).

6.3. Incumplimiento por la Sociedad de *leasing*.

El incumplimiento de la sociedad de *leasing* en materia de entrega y goce pacífico del bien objeto del contrato está condicionado a que resulte de un acto y omisión de la sociedad de *leasing* (arts. 8 y 12).

En los supuestos de incumplimiento de la entrega, el legislador internacional reconoce a la empresa usuaria el derecho a rechazar el equipo y/o resolver el contrato. El ejercicio de las acciones reconocidas a la empresa usuaria se subordina a que la sociedad de *leasing* no haya subsanado la causa del incumplimiento. Finalmente, si el contrato se resuelve a petición de la empresa usuaria, ésta podrá recuperar las sumas pagadas, bien en concepto de adelanto o de arrendamientos y previa deducción de una suma razonable, correspondiente al beneficio que le haya podido reportar el

equipo (art. 12).

Similares requisitos y condicionamientos se determinan para el incumplimiento de la obligación de garantizar el goce pacífico a la empresa usuaria (art. 8), respecto de la cual nos remitimos a lo ya tratado en el epígrafe correspondiente.

7. Modificación subjetiva del contrato de *leasing* financiero internacional. El "*leveraged lease*".

La cesión de los derechos correspondientes al contrato de *leasing* es una materia clásica del Derecho de la contratación internacional. Viene a facilitar los inconvenientes que respecto de la transmisión de "derechos contractuales" existen en algunos sistemas nacionales y que obstaculizan la realización de la modalidad del *leasing* financiero, conocida como "*leveraged lease*". Como ya se ha indicado anteriormente, esta modalidad se caracteriza porque la sociedad de *leasing* financia una parte del precio de la adquisición del bien objeto del contrato. El resto se cubre con el crédito concedido por una entidad financiera a cambio de la cesión de los derechos derivados del contrato de *leasing*. Esta modalidad se utiliza frecuentemente para la adquisición de aviones e inicialmente se autorizaba en el art. 13 del Anteproyecto de 1984, aunque se declaraba, "que la cesión se restringía a los créditos derivados del contrato". El art. 14 definitivo dice:

"1. El arrendador podrá transferir o negociar de otra forma todos o parte de sus derechos que tiene en el equipo o que le corresponden bajo el contrato de arrendamiento. Tal transferencia no aliviará cualquier obligación que le quepa al arrendador, en conformidad con el contrato de arrendamiento ni alterará la naturaleza del contrato de arrendamiento o su régimen jurídico tal y como se prevee en la presente convención".

"2. El arrendatario podrá transferir el derecho de usar el equipo o cualquier otro derecho que tenga en el contrato de arrendamiento, sólo con el consentimiento del arrendador y sujeto a los derechos de terceras partes.

El régimen jurídico de la cesión del contrato se dispone en el art. 2 del Tratado, que dice:

"En caso de una o más operaciones de subarriendo relativas al mismo equipo, la presente Convención se aplicará a cada operación que constituye una operación de arrendamiento financiero internacional y que se rige por la presente Convención como si la persona de la cual el primer arrendador (tal y como se define en el párrafo 1 del artículo precedente) adquirió el equipo fuera el proveedor y como si el contrato en virtud del cual el equipo fue así adquirido fuera el contrato de suministro".

Nos encontramos ante una norma de carácter dispositivo, con posibilidad de excluir, modificar o derogar su aplicación por las partes, máxime cuando la doctrina entiende, que la regulación internacional sólo se ocupa de los problemas singulares del *leasing* financiero, que no han encontrado una solución satisfactoria con el recurso a las previsiones existentes en los distintos sistemas legislativos en materia de Derecho internacional Privado.

8. La responsabilidad de la sociedad de *leasing* frente a terceros.

El tratamiento de la responsabilidad extracontractual de la sociedad de *leasing* frente a los terceros por los daños ocasionados por defectos del bien objeto del contrato no es correcta. En primer lugar, porque no es un tema específico del contrato de *leasing* sino de responsabilidad extracontractual y, por tanto, la cuestión debe ser tratada en un Texto general de contratación internacional y no en uno específico sobre el contrato de *leasing*. En segundo lugar, porque técnicamente es deficiente, ya que el legislador internacional se limita a indicar, que "el arrendador no será como tal responsable ante terceras partes por muerte, daño a las personas o daño a los bienes ocasionados por el equipo" (art. 8.1.b), por lo que la solución definitiva habrá de hacerse a la luz de los principios ordenadores de la Teoría general de obligaciones y contratos contenidos en la normativa nacional aplicable al caso concreto.

9. Consideraciones finales.

- En principio, la regulación parcial del contrato de *leasing* financiero internacional y las decisiones de política y técnica jurídica contenidas en el mismo son

consecuentes con la pretensión económica del Tratado, de estimular estas operaciones en el tráfico internacional. Sin embargo cabría cuestionarse la postura definitivamente adoptada por el legislador internacional, tanto bajo el plano de su fundamentación política-jurídica como en el de técnica legislativa.

- En el plano de los fundamentos de política jurídica, la solución acogida por el Tratado UNIDROIT desdice la pretendida idea de regulación uniforme del contrato de *leasing* financiero internacional mobiliario, según se declara en el párrafo cuarto de su Exposición de Motivos. En cambio los resultados logrados son más coherentes con los esfuerzos de la sociedades de *leasing* por defender sus intereses en el seno de las operaciones internacionales, tal y como se ha ido reivindicando continuamente a lo largo de los trabajos UNIDROIT. Sólo en este plano de ideas se entiende, el carácter imperativo de las disposiciones relativas a la exoneración de riesgos, cargas y responsabilidad a favor de la sociedad de *leasing* (arts. 8 y 12); el casuismo con que se configuran las acciones a favor de la sociedad de *leasing* frente al incumplimiento de la empresa usuaria y la posibilidad de completarse en el contrato correspondiente (art. 13); los condicionantes a que se someten las acciones reconocidas a la empresa usuaria para los supuestos de incumplimiento de la sociedad de *leasing* (art. 8 y 13), etc. En fin, las soluciones del Tratado reproducen casi fielmente el contenido de las condiciones generales elaboradas por las sociedades de *leasing* y conforme a las cuales se realizan la mayoría de los contratos internacionales. De este modo se debilita la función legislativa del Derecho Mercantil internacional en la regulación del *leasing* financiero, de ordenar las relaciones jurídicas surgidas con la operación, con la determinación de las líneas para la interpretación e integración de las cláusulas contenidas en los formularios y siempre garantizando el adecuado equilibrio de los intereses implicados en la disciplina jurídica de la contratación internacional.

- A la vista de los resultados legislativos podría cuestionarse, si la expansión del *leasing* financiero internacional y el predominio del interés de la sociedad de *leasing* financiero en su disciplina contractual privada son elementos inseparables o no. Ciertamente, que la regulación del *leasing* internacional significará la expansión de la

figura en el ámbito empresarial si se estimula la operación mediante algunos instrumentos de política económica y jurídica, como pueden ser, las Ayudas públicas, las subvenciones, los incentivos fiscales y contables. De igual modo, se estimulará la creación de sociedades de *leasing* con un tratamiento jurídico más favorable que el dispuesto para otras entidades que actúan en el Mercado financiero y con una regulación jurídica-privada de sus operaciones en la que se preste especial atención a sus intereses. Pero no debe olvidarse, que la función del Derecho Privado es la de encontrar una ordenación equilibrada de los diferentes intereses implicados en la operación, en nuestro caso, los de la sociedad de *leasing*, los de las empresas usuarias, los de los fabricantes de los bienes ofertados en *leasing* y, en general, de todos los miembros integrantes del mercado internacional. De aquí, que el Tratado no tendría que haberse detenido en la práctica transposición del "Derecho autónomo del *leasing* financiero internacional", contenido en los modelos de contratos, sino haber avanzado en una regulación que garantizase el adecuado equilibrio entre la pluralidad de intereses presentes en la operación, fundamentalmente mediante la ordenación similar de los supuestos con identidad de razón.

- Sin duda se ha da un paso adelante con las directrices contenidas en los Principios UNIDROIT de la contratación internacional, que permitirán superar algunos de los problemas que actualmente existen en la contratación internacional. Así ocurre, entre otras, con las directrices unitarias relativas a la validez, interpretación, contenido y cumplimiento de los contratos (capítulos 3 a 6); con la significación y consecuencias del incumplimiento contractual (capítulo 7); con la cláusula general de anulabilidad del contrato en los que haya un claro desequilibrio en los intereses de las partes (3.1) y la regulación de la opresión contractual (Hardship) (capítulo 7, sección 2).

- Por último, la pretensión inicial de regulación uniforme del contrato de *leasing* financiero internacional de bienes muebles dista de ser una realidad. En este contexto uniformador, la elaboración de una ley modelo es técnicamente la más efectiva para la unidad del Derecho Mercantil Internacional, ya que se logra la unificación del Derecho material y del sistema de normas conflictuales. Sin embargo, esta vía ha sido

desplazada en las últimas décadas por la de los Tratados de carácter multilateral para proceder a la unificación del Derecho Mercantil internacional; basta con recordar a estos efectos, el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980); el de Viena relativo a la compraventa internacional de mercaderías (1980) y aplicable igualmente a determinadas operaciones de *leasing* o el proyectado en materia de Principios de la contratación internacional (1994). Esta tendencia descansa en la idea según la cual, la falta de unidad legislativa se compensa con la certeza en la regulación de la materia objeto de regulación y con el mayor grado de participación de los Estados nacionales. En todo caso conviene insistir, que es dudoso que los costes y esfuerzos que han supuesto la elaboración del Convenio internacional sobre el *Leasing* financiero de bienes muebles se compensen con los escasos resultados alcanzados en la materia por él regulada. A este respecto es bastante significativo el hecho de que tras ocho años desde su aprobación, el Tratado no haya entrado en vigor hasta mayo de 1995 y que sólo se haya ratificado por un número de Estados bastante inferior al de cincuenta y cinco que participaron en la Conferencia de Ottawa, de 1988.

10. Nota bibliográfica

- BALLARATI, G.: "Aggiornamenti in tema di *leasing*" en FRIGNANI, A.: "*Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, Know-how*", Torino 1993.
- BONELL, M.: "I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità", *Rev. Dir. Intern.* 1995, enero-marzo, págs. 3 y ss.
- BREALEY, R. MYERS, S.: "*Fundamentos de financiación empresarial*", trad. de la 4ªéd. por ANSOTEGUI, C. y otros, Madrid 1994.
- BUONOCORE, V.; FANTOZZI, A.; ALDERIGNI, M.; FERRARINI, G.: "Il *leasing*. Profili privatistici e tributari", *Quad. Giur. Comm.* 1975, 3.
- BUSSANI, M.: "Locazione finanziaria", *Riv. Dir. Civ.* 1986, II, págs. 685 y ss.
- y CENDON, P.: "*I contratti nuovi. Casi e materiali di Dotrina e Giurisprudenza: Leasing, Factoring, Franchising*", Milano 1989.

- CABANILLAS, A.: "La configuración del arrendamiento financiero (*LEASING*) por la Ley, de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional", *ADC* 1991, págs. 961 y ss.
- CALVO CARAVACA, A. y FERNANDEZ DE LA GANDARA, L (directores): "*Contrato internacionales*", Madrid 1997.
- y CARRASCOSA, J.: "El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980" en "*Contratos internacionales*", Madrid 1997.
- DE NOVA, G.: "Analisi critica del Progetto Unidroit sul *leasing*", *Riv. Dir. Civ.* 1984 -II, págs. 532 y ss.
- DRAETA, U.: "Principio UNIDROIT per i contratti internazionali e Progetto di Codice europeo dei contratti. Due proposte a confronto"; *Dr. Comm. Inter.* 8-3-4, jul-dic., 1994, págs. 681 y ss.
- ESPLUGUES, C., bajo su coordinación: "*Contratación internacional*", Valencia 1994.
- FERNANDEZ DE LA GANDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.: "*Derecho Mercantil Internacional*", Madrid 1995.
- FERNANDEZ ROZAS, J. y SANCHEZ LORENZO, S.: "Curso de Derecho Internacional Privado", Madrid 1991.
- FRIGNANI, A.: "*Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, Know-how*", Torino 1993.
- : "La Convenzione di Diritto uniforme sul *Leasing* internazionale", *Riv. Dir. Civ.* 1988, I, págs. 231 y ss.
- GOODE, M.: "Conclusion of the *Leasing* and Factoring Convention-I", *The Journal of business law* 1988, enero, págs. 347 y ss.
- GRAF VON WESTPHALEN, F.: "*Der Leasingvertrag*", Köln 1989.
- ILLESCAS, R.: "El Derecho del comercio internacional", *RDM* 1993, págs.
- MONACO, R.: "Institute for the unification of private law", *Rév. Dr. Unif.* 1984, II, págs. 2 y ss.
- PRADO, M.: "La théorie du hardship dans les principes de l' Unidroit relatifs aux contrats du commerce international", *Dir. Comm. Internazionale* 1997, 11.2, 46

- abril-junio, págs. 323 y ss.
- RODRIGUEZ MATEOS, P.: "*El contrato de leasing mobiliario internacional*", Madrid 1997.
- SANCHEZ-CALERO, F.: "Líneas esenciales para una regulación del contrato de arrendamiento financiero" en VVAA: "*Jornadas sobre productos financieros actuales*", Madrid 1994.
- SANCHEZ JIMENEZ, M^a.A.: "El contrato de leasing" en "*Contratos internacionales*", dirigidos por CALVO CARAVACA, A. y FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., Madrid 1997.
- SANCHEZ-PARODI, J.L.: "*El leasing financiero mobiliario*", Madrid 1989.
- SIEHR, K.: "Unificazione internazionale del Diritto dei contratti innominati", *Giur Comm.*, 1988, 1, enero-junio, págs. 83 y ss.
- STANFORD, J.: "Explanatory Report", *Rév. Dr. Unif.* 1984, II, págs. 76 y ss.
- VIRGOS, M.: "El convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales" en *Tratado de Derecho Comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, T.III, Madrid 1986.
- VVAA: "*Derecho del comercio internacional*", obra coordinada por SANCHEZ LORENZO, S., Madrid 1996.