

La sociedad de arrendamiento financiero como elemento del contrato de arrendamiento financiero

Hernando Montoya Alberti

SIN EL ANIMO de entrar en los antecedentes originarios o causales del contrato de leasing o arrendamiento financiero, preferimos tratar, por ahora, la función económica de este contrato, y a través de ella encontraremos cuál es el motivo o causa de la creación de esta figura jurídica propia del derecho mercantil, para luego precisar el rol de las sociedades que tienen por objeto exclusivo el arrendamiento financiero, buscando en ellas su naturaleza mercantil y financiera, y su participación en el mercado de capitales.

FUNCION ECONOMICA

Importa resaltar que el leasing constituyó una solución auspiciada por la rigidez del sistema norteamericano al crédito a medio plazo. Del mismo modo que su relativo éxito en Francia se debió al endurecimiento del sistema institucional del crédito en los años 1964 y 1965.

La carencia de recursos para adquirir el equipo indispensable para el cumplimiento de compromisos de suministro motivó la creación del leasing. Se recurrió a la fórmula de arrendar los bienes, ampliando así la figura a cosas que usualmente no eran en el tráfico objeto de tal negocio. La evolución se produjo cuando se constituyeron empresas con el único objeto de ceder el uso de los bienes que adquirirían expresamente bajo las especificaciones de quienes deseaban utilizarlos y no podían adquirirlos por carencia de recursos propios y por la estrechez de las vías normales de procurárselos.

De este reconocimiento de sus orígenes y de la descripción antes mencionada surge la primera consecuencia de proclamar el carácter del leasing como operación de crédito. En otros términos, el leasing se presenta como instrumento del tráfico a plazos o, dicho de otro modo, como un instrumento de financiación de la disponibilidad de los bienes.

El creciente proceso de modernización que caracteriza a la sociedad origina una mayor diversificación en la actividad económica. Al lado de todo ese avance en la actividad, los mecanismos clásicos de financiación quedan insuficientes. Aparecen también nuevas formas de financiación de la actividad productiva. (Carlos Vidal Blanco. "Estudio Económico". Sociedades de Leasing, Ed. Ministerio de Hacienda, Madrid, pág. 217).

Surge el leasing como una nueva forma de financiación, ofreciendo al usuario la posibilidad de agregar otra línea de crédito a las que tiene a su disposición. El bien que será objeto de leasing debe tener una aptitud tal que proporcione los rendimientos necesarios para cubrir el costo de la amortización de los beneficios esperados. Es el propio equipo el que se va a autofinanciar con los mayores ingresos que proporcione.

Lo importante y necesario para la actividad económica no es la propiedad sobre los bienes de equipo, sino su utilización y en este sentido el LEASING representa una evolución mental contraria a los principios tradicionales de propiedad (Vidal Blanco Ob. Cit., pág. 220).

Los fines primarios de la empresa deben ser el obtener una mayor producción, un menor costo, mayores ventas, mejor servicio, actualidad del producto, mejoras tecnológicas, etc., para lo cual será necesario la utilización de equipos más modernos, pero en ningún caso será indispensable su propiedad.

En definitiva ningún equipo industrial ni ningún bien en general produce beneficio a su propietario por el mero hecho de poseerlo sino por su utilización. En este hecho descansa toda la filosofía del LEASING. (Peres Ruiz, T. Leasing una nueva fórmula de financiación "Gaceta del Europeo" No. 85, 1970).

El LEASING cumple una de las características de la moderna contratación mercantil con la terminación del mito de la propiedad privada en los medios de producción. Los comerciantes vienen entendiendo que para su desarrollo empresarial no es necesario ser propietario de los medios de producción ya que puede ser suficiente utilizarlos como simples tene-

dores, sin necesidad de gravar el patrimonio con la adquisición de unos bienes que podrían comprometer el capital disponible o lo distraerían de otras necesidades de la empresa. Elimina para el empresario el problema de la obsolescencia que implica la adquisición en firme.

Cuando un empresario necesita bienes de equipo para su empresa decide adquirir esos bienes y se le presenta a continuación la urgencia de decidir cuál forma de financiación va a utilizar:

- Financiación con recursos propios, acudiendo al patrimonio de la empresa o a una ampliación;
- Financiarlos mediante un préstamo bancario;
- Utilizar el sistema de ventas a plazo;
- Valerse de la operación leasing.

La alternativa la encontrará en el resultado de los estudios económicos que practique la empresa; sin embargo, el leasing constituye una de las mejores alternativas.

En países como el nuestro en los que usualmente no se dispone ni de fondos ni de garantías suficientes para establecer empresas, el leasing ofrece soluciones rápidas, al permitir hacerse de maquinarias y equipos sin garantías ni reciprocidades. Es el LEASING un motor de desarrollo y una fuente de aprovechamiento.

Es importante resaltar que el leasing constituye una herramienta de financiación de bienes de capital principalmente, y que su éxito como fuente generadora de bienes estará dada por la clase gerencial; pues el factor confianza para el éxito de la empresa que convenga en un leasing estará dado ya no en la garantía real que se ofrece al nuevo proyecto, sino en la capacidad gerencial del grupo dominante, el cual basará su éxito en las condiciones generadoras de mercado.

Se atribuye al leasing una serie de ventajas en beneficios de los fabricantes, de los usuarios y de las empresas financieras. Se afirma que para los primeros la principal ventaja reside en que perciben al contado el importe de sus ventas. Pero, lo mismo sucede en los casos de compra-venta a plazos con financiación de tercero. La ventaja para la financiera se quiere ver en la garantía que representa el dominio de la cosa. Con ello, en primer lugar, se advierte el sentido de operación de crédito que el leasing tiene. La propiedad es sólo una garantía. Pero, en segundo término, tal circunstancia no le coloca en superior posición que la de una

financiera a cuyo favor se reconoce el dominio reservado, con la contrapartida de los efectos fiscales que puede tener la titularidad, y que de hecho se presentan en la realidad. Al usuario se le imputa por la doctrina una situación ventajosa, que en ocasiones se combate en razón de diversas circunstancias, que se procura resumir:

- a) no tendrá que pagar cantidad alguna de entrada, sino que aplaza el importe íntegro de la operación. La supuesta ventaja lo es sólo con referencia con la compra-venta a plazos.
- b) el usuario prescinde de costosas inmovilizaciones y puede desentenderse de la gestión financiera para aprovechar mejor sus recursos, lo cual sólo es cierto si puede medirse precisamente la proporción en que mejora la inversión.
- c) el usuario va pagando el importe del bien con cargo a sus propios rendimientos.
- d) el usuario puede deducir como gasto la totalidad de lo que paga, a efectos fiscales. Esto es cierto si las rentas superan las cuotas de amortización fiscal.
- e) el leasing permite al usuario presentar unos balances saneados.
- f) el leasing procura al usuario una absoluta independencia respecto de las fuentes de recursos financieros, incluso los accionistas de la propia compañía.

CLASES DE LEASING

Leasing financiero: En el cual interviene una compañía de leasing que adquiere los bienes para sí, por pedido expreso del usuario. Una vez que adquiere el equipo deseado, cede el uso del mismo al empresario necesitado, a título de arrendamiento y por un plazo determinado; una vez que se cumpla el plazo tendrá el arrendatario la opción de continuar en el arriendo o de adquirir los bienes por un valor residual.

El leasing puede definirse como una nueva fórmula de financiación de equipamiento de las empresas, mediante la cual éstas acceden a la utilización de bienes de equipo que le es facilitada por la entidad financiadora o sociedad de leasing, a cuyo fin ésta adquiere la propiedad del bien,

sin perjuicio de que el usuario, optativamente, pueda acceder al cabo de un tiempo a dicha propiedad o continuar en el uso del bien.

El primer paso que dará el interesado es identificar los bienes que necesita para su empresa. Luego, se presentará a la sociedad de leasing para plantear su necesidad de bienes de equipo, para lo cual se estudiará la actividad del empresario y se tomará la decisión de darle el apoyo financiero. Ahora bien, con la promesa del empresario que tomará bienes en arrendamiento, la sociedad leasing los adquiere del proveedor para sí misma; y, siendo el titular del dominio de dichos bienes, la sociedad leasing cede el uso al empresario a título de arrendamiento, otorgándole una opción de compra, o de continuar en el arriendo al vencimiento del plazo del leasing.

Boneo y Barreira (Boneo Villegas Eduardo y Barreira Delfino Eduardo, "Contratos Bancarios Modernos", pág. 87 editorial Abeledo-Perrot Buenos Aires 1984), describen el contrato de leasing como una típica operación de financiamiento de mediano o largo plazo que se materializa entre una entidad financiera autorizada y una empresa comercial, industrial o de servicios, interesada en incorporar, renovar o modernizar sus equipos productivos e instalaciones, en pro de la obtención de mejores niveles de eficiencia y competitividad.

La entidad financiera a petición de su cliente, adquiere el bien previamente seleccionado por este último y le facilita su utilización durante un período determinado de común acuerdo.

Durante el período de utilización del bien el cliente debe pagar —periódicamente— a la entidad financiera una suma pre-establecida en concepto de precio por la financiación acordada que le permita acceder al uso del bien que necesita.

La determinación del canon periódico que debe pagarse por la utilización del bien, así como la fijación del valor residual para su adquisición se hacen en función de la vida económica del bien y del recupero de la financiación comprometida.

Para este mismo autor, (*Ob. Cit.*, pág. 88) el leasing es una operación financiera consistente en facilitar la utilización de equipos, instalaciones, y maquinarias a quien carece de capital necesario para su adquisición, merced a una financiación a largo o mediano plazo, coincidente con el término de la amortización del bien en cuestión y garantizada con el

mismo bien objeto de ellas, cuyo dominio se reserva mediante el pago periódico de un alquiler o canon con la posibilidad de adquirirlo a su conclusión por un valor determinado.

Rafael Illescas Ortiz ("Aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato", Revista de Derecho Mercantil, No. 119, 1971, Madrid, pág. 74) opina que la operación de leasing supone una serie de actividades encaminada a satisfacer una concreta necesidad empresarial: la utilización de un determinado material durante un cierto período de tiempo por parte de un empresario, el cual no posee o no le es conveniente utilizar para su adquisición las disponibilidades líquidas equivalente a su precio. A tal fin la persona interesada, una vez especificado el material así como ciertos extremos relativos al mismo, celebra un contrato de leasing, con el llamado empresario de leasing. Tal empresario, cuyo carácter es exclusivamente financiero y no es propietario del material objeto del contrato en la generalidad de los casos, se compromete a poner a disposición de la otra parte, en el plazo convenido, la cosa sobre la que se pacta, así como a facultarle al goce de la misma durante el período de duración del contrato mediante el pago de una contraprestación en dinero. La cuantía y la periodicidad con que se procederá al pago de dicha prestación son libremente pactadas por las partes. Al término de la relación, el usuario normalmente puede optar por una de entre tres posibilidades: devolver la cosa; adquirirla por un precio residual, notablemente inferior al de origen o, por último, celebrar un nuevo contrato semejante aunque no idéntico al anterior sobre la misma cosa, siendo la contraprestación de una cuantía mucho menor.

Junto a ambas partes, mencionadas anteriormente, puede aparecer en el contrato una tercera persona: el propietario o fabricante de los materiales que han de ser dados en leasing. Su presencia, sin embargo, no es presupuesto necesario ni para que surja el vínculo contractual entre usuario y empresario-leasing, ni para que éstos puedan exigirse recíprocamente el cumplimiento de obligaciones derivadas del mismo.

Leasing operativo: Esta modalidad de leasing se practica por los propios fabricantes para la colocación de su producto. Tal vez, fue la primera de todas las modalidades del leasing y que originó este tipo de operaciones por las dificultades que presentaron los grandes productores de maquinaria para colocar sus productos. Más que una modalidad financiera, se trata de una alternativa que ofrecen a sus clientes al lado de la venta.

Se caracteriza porque la duración no corresponde a la vida útil de

los bienes. El alquiler tampoco se pacta en función del reembolso integral de precio de compra, aunque conlleva un concepto por eventualidades. Esta modalidad suele confundirse con el Renting.

Desde el punto de vista económico, pero relevante para el Derecho como desde una perspectiva netamente jurídica, ni el *leasing operativo* ni el *renting* trascienden la estructura y la finalidad del arrendamiento de cosas. Y, se atribuye la diferente terminología a un deseo de clarificar económicamente situaciones del tráfico mediante denominaciones abreviadas reconocidas por todos más que a una diferencia jurídica sustancial. (José María de la Cuesta Ruté, *Ob. Cit.* pág. 538).

El *leasing operativo* se establece entre el fabricante y el usuario, mientras que en el *renting* el arrendador es una empresa que mantiene un parque propio de cosas que ella no fabrica y que debió adquirir a sus respectivos fabricantes. Para el *renting* se prevén plazos más breves de duración, en tanto que en el *leasing operativo* se reconoce una importancia decisiva al concepto de vida económica de la cosa que, a diferencia del *renting*, no se le concede juego alguno (José María de la Cuesta Ruté, "Reflexiones en torno al Leasing", *Revista de Derecho Mercantil* No. 118, pág. 539, Madrid, año 1970).

Tanto el *leasing operativo* como el *renting* permiten al arrendatario usar de la cosa por un precio y tiempo cierto sin incurrir en aquellos riesgos y cargas que son inherentes a la adquisición de todo bien. Sobre el arrendador pesan los riesgos que la doctrina califica como técnicos, esto es, él sólo soporta la conservación del bien, sobre él inciden las consecuencias de su pérdida o destrucción, y él carga con los efectos de la obsolescencia del objeto. En el *leasing financiero* no importa insistir en que la empresa de *leasing* se desentienda de la cosa en sí por lo que se refiere a su elección y entrega material y mientras dura el contrato, sin que llegue a asumir ninguna de las cargas ni de los riesgos que permiten atribuir a quien los soporta la condición de propietario. Ni la destrucción de la cosa le perjudica ni el hecho de que quede anticuada le alcanza tampoco, porque el contrato se pacta por un tiempo rígido de duración que no se altera lo más mínimo por esa circunstancia. La empresa de *leasing* sólo toma los riesgos financieros, y no deja de ser significativo que se señale como un riesgo extraordinario que pueda llegar a recobrar la cosa de manos del usuario.

Para Vancil, ("Leasing of industrial equipment", pág. 125, MacGraw Hill N. York, 1963) la más exacta razón de la diferencia entre el *leasing*

financiero y el operativo, —también el renting— se encuentra en que este último la opción del accipiens es entre to lease or to buy, y, en el leasing financiero la alternativa es entre to lease or to borrow. En efecto, el usuario no recurre a esta última forma porque no desca adquirir el dominio de la cosa, sino porque, buscando ante todo su “disponibilidad”, encuentra en el leasing financiero el expediente para obtenerla, aunque tenga que sacrificar el dominio —soportando sus cargas— en favor de quien le procura los recursos necesarios a ese fin.

Lease Back: Es una modalidad del leasing, contemplada también en el decreto legislativo 299, por la cual se permite a la compañía de leasing comprar al empresario sus equipos o parte de ellos y de inmediato celebrar con el mismo un contrato de leasing y le cede el uso de ello.

Dos cometidos pueden cumplirse con una operación de esta naturaleza:

- De salvamento, por el cual una empresa cuyo porvenir comercial está asegurado gracias a sus posibles ventas pero que debido a la falta de liquidez se ve amenazada. Aquí el lease-back sería una fórmula para poder pagar a sus acreedores y continuar con su operación facilitando transformar sus inmovilizaciones en fondos disponibles.
- Otro cometido sería facilitar la expansión económica de la empresa utilizando sus propios equipos para lograr la liquidez necesaria.

Leasing inmobiliario: Si nos atenemos a la clase de bienes, el leasing puede ser mobiliario o inmobiliario. La figura de leasing puede servir para atender necesidades de inmuebles en la actividad comercial o industrial. Se cuestiona si se admite para llenar la necesidad de vivienda, pues no encuadraría en su filosofía y su historia, que es la de servir como alternativa para el equipamiento de las empresas.

Para José María de la Cuesta Ruté (*Ob. Cit.* pág. 550), la duración del contrato traslativo del uso del bien se pacta en función de la idea de su “vida económica” o útil, y la duración, a su vez, determina la fijación del importe de cada uno de los pagos que el usuario debe realizar y su número total atendido el escalonamiento que se pacte; y al resaltar la noción de “vida económica” del bien lo hace para delimitar con claridad el campo a que se contrae el leasing relativo a bienes que civilmente son muebles, puesto que la noción de leasing no se concibe respecto de los inmuebles que, por naturaleza, tienen una vida física y económica ilimitadas; admitiendo luego, desde otra óptica, la posibilidad de la existencia

de leasing sobre bienes inmuebles. Al igual que Vancil, (*Ob. Cit.* 159) reconoce dificultades en la aplicación, del leasing inmobiliario al comentar el número 3 del artículo 1 de la ley belga que dispone que "la duración del arrendamiento fijada en el contrato debe corresponder a la duración que se presume a la utilización económica del bien". Sin embargo, acota este autor que esa aseveración legal es característica del *operating lease* y no del *financial lease*.

La legislación peruana (Decreto Legislativo No. 299) permite el leasing inmobiliario.

El leasing inmobiliario trata de un sistema de financiación que consiste en la formalización de un contrato específico en virtud del cual una de las partes, la sociedad de arrendamiento financiero, previa designación y especificación de un bien inmueble, cede al usuario o arrendatario el uso de tal bien inmueble a cambio de una retribución periódica por un plazo determinado, otorgándole al tomador una opción para permanecer en el arriendo o para comprar el bien.

La fórmula financiera para el leasing inmobiliario es mucho más complicada que la del leasing mobiliario. Sus plazos suelen ser mucho mayores, lo que lo hace impracticable en nuestra realidad, dado que es imposible por requerimiento y por disposición de recursos obtener plazos entre 10 y 30 años para financiar la adquisición de inmuebles bajo esta modalidad operativa.

También esta especie de leasing está sometida a una serie de eventualidades. Si bien la construcción se deprecia, el lote por el contrario aumenta su valor y por muchas circunstancias puede valorizarse considerablemente. El valor final del inmueble adquiere por la valoración especial importancia, a diferencia del leasing mobiliario en el que la empresa de leasing en su opción de financiera sólo le interesa mantener en uso al arrendatario; pues su utilidad viene depreciada en el tiempo, resultando al final un valor residual poco o nada importante, aspecto totalmente diferente en el leasing inmobiliario en el cual el terreno suele revaluarse.

ELEMENTOS DEL CONTRATO

La Sociedad de Leasing: Son sociedades comerciales constituidas en la forma de sociedades anónimas autorizadas por la Superintendencia

de Banca y Seguros. Las instituciones bancarias y financieras también pueden operar en leasing, para lo cual deberán obtener la autorización correspondiente.

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

El empresario leasing configura su situación jurídica por el hecho de comprometerse a proporcionar el goce y disfrute de una cosa que normalmente no posee en el momento de asumir el compromiso. Se atribuye al hecho que el empresario leasing no sea el propietario de la cosa objeto del contrato en el momento de la celebración de éste el carácter exclusivamente financiero del mismo. Tal carácter supone que lo que posee es un fondo líquido disponible, el cual es utilizado para la adquisición de los bienes sobre los que giran los contratos de leasing por él celebrados.

La ley francesa somete a las sociedades de leasing, en su artículo 2, a las normas relativas a la reglamentación y organización de la profesión de banquero, así como a las decisiones demandadas del *Conseil national du crédit*.

En términos generales, por el leasing el beneficiario señala a su *financiador* el bien que requiere con todas sus características, incluso el proveedor. El financiamiento está dado por el íntegro del valor del bien y su esencial garantía consistente en la propiedad que sobre ésta mantiene el financiador.

Algunos autores definen el leasing como una operación financiera consistente en facilitar la utilización de equipos y maquinarias a quien carece de capital necesario para su adquisición, merced a una financiación a largo o mediano plazo, coincidente con la amortización del bien y garantizada con el mismo objeto materia del contrato.

La naturaleza financiera del leasing radica en el derecho de la entidad de recuperar la inversión realizada. Tan es así que aun en caso que el bien contratado no funcione por vicio o defecto oculto, el cliente tomador debe continuar con el pago de las cuotas de la amortización pactada. Esta característica es contraria a la naturaleza de la locación que obliga a garantizar al locatario en el uso y disfrute de la cosa.

Para Rafael Illescas Ortiz (*Ob. cit.* pág. 78) el carácter financiero de tales sociedades se desprende de la actividad que desarrollan y la función que asumen en el marco de la economía: emplean sus propios recursos para satisfacer necesidades ajenas, mediando una retribución que les permite la obtención de un beneficio además de la amortización del bien. Dicho carácter financiero era puesto también de manifiesto por otra serie de circunstancias: así el origen de las mismas: se encuentran potenciadas por Bancos, compañías de seguros y demás entes de ahorro colectivo; igualmente, el sometimiento a las normas reguladoras de la profesión de banquero, que es exigido en la ley francesa en el artículo 2 de la ley 66/455.

Otro aspecto del carácter financiero del leasing es puesto de manifiesto por su revelación como un óptimo medio de la lucha contra la obsolescencia de los medios de producción. En efecto, en los sectores económicos donde dichos medios sufren un envejecimiento prematuro como consecuencia de avances técnicos, puede ser más conveniente el goce de los mismos a través de una operación de leasing que su adquisición a título de propiedad, la cual supondría una inmovilización de activos cuyo valor va a verse rápidamente disminuido. El leasing se aprecia como un expediente financiero, puesto que permite la utilización, en la prosecución del beneficio, de unos medios materiales superiores a los recursos crematísticos propios. (Rafael Illescas Ortiz, *ob. cit.* pág. 79) Se marca la diferencia entre la finalidad que a través del leasing se consigue, es decir, entendido como operación financiera, una más entre las muchas a las que puede acudir el empresario, y el leasing entendido como contrato regulador de la operación entre sí.

Carlos Cárdenas Quirós (*Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, "Leasing y Empresa", No. 21, pág. 14, 1986) es partidario, desde el punto de vista económico, de que el contrato de arrendamiento financiero y la actividad que desarrollan las empresas locadoras deben ser calificadas como actividades financieras, porque dichas empresas aportan el capital necesario para la adquisición del bien que después será dado en uso a la arrendataria.

José María de la Cuesta Ruté (*ob. cit.*, pág. 548) no duda en calificar de empresa financiera a la empresa de leasing. Citando a Degand señala que las sociedades que practican el leasing son de financiación y que su objeto es sólo financiar operaciones. Sólo se admite que sean los financieros los que asuman la empresa, cuya única obligación se dice que consiste en "poner a disposición de la entidad los bienes pedidos en el momento oportuno".

“La empresa de leasing se limita a colocar capitales. Su actividad consiste en transferir las cantidades al vendedor como pago del precio de la compra-venta de los bienes y aplazar su recuperación por el fraccionamiento de los pagos que le realizan los usuarios de los mismos. Los márgenes con que opera se fundan en esa inversión de capital y tiempo que incrementa la contraprestación que se le debe por los intereses y el beneficio esperado”. Se comprende así que para tales empresas carezca de interés la recuperación del bien. Su interés reside en obtener el equivalente económico de su inversión”.

Este mismo autor (*Ob. cit.*, pág. 551) opina que el *estatuto que debe alcanzar a las empresas financieras en régimen de leasing debe asimilarse al que es propio de las entidades de financiación*. La forma jurídica del empresario, el montante de sus recursos propios y los límites para acudir a los ajenos, la proporcionalidad entre los mismos y el volumen de sus compromisos, las autorizaciones administrativas, los requisitos de publicidad e información de sus cuentas y memorias, las obligaciones de mantener unos activos mínimos, etc., son aspectos que deben tenerse necesariamente en cuenta, tanto en garantía de la seguridad de las transacciones en que intervienen como de los intereses económicos de carácter general. Opina, seguidamente, que “su carácter financiero no significa que las empresas de leasing desarrollen una actividad en competencia con los bancos. Como se ha señalado por la doctrina, las actividades de unos y otros se complementan, puesto que la retención del dominio sobre las cosas permite a la empresa de leasing una mayor flexibilidad en la concesión de los créditos, y pueden llegar a sectores más expansivos y dinámicos que, por lo mismo, representan riesgos superiores a los que la Banca aceptaría”. En Europa, las empresas de leasing se han constituido en su mayor parte por los Bancos y por las compañías aseguradoras.

Algunos autores señalan terminantemente que las sociedades que practican el leasing son de financiación y que su objeto es sólo financiar operaciones. Su exclusiva vocación de financiera es de tal punto que justifica el desentendimiento de la vida de la cosa dada en leasing y la puesta a cargo del usuario de la totalidad de los riesgos llamados técnicos. Porque sólo se admite que sean los “financieros” los que asuman la empresa, cuya única obligación se dice que consiste en “poner a disposición” de la entidad los bienes pedidos en el momento oportuno.

La empresa de leasing se limita a colocar capitales. Su actividad consiste en transferir las cantidades al vendedor como pago del precio de la compra-venta de los bienes y aplazar su recuperación por el fracciona-

miento de los pagos que le realizan los usuarios de los mismos. Los márgenes con que opera se fundan en esa inversión de capital y tiempo, que incrementa la contraprestación que se le debe por los intereses y el beneficio esperado.

En el leasing financiero (Stewart Balbuena, Alberto, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, "Leasing y Empresa", No. 21, pág. 76, 79, 1986) existe la presencia indispensable de una empresa especializada que se ubica entre el fabricante o representante y el futuro usuario, siendo precisamente esa empresa especializada la que realiza la función de *intermediación financiera*. Lo esencial es que la naturaleza financiera del contrato se da por la presencia e intervención de una empresa que invierte recursos propios y de terceros en la adquisición de un bien sobre el cual ejerce sólo el dominio directo, pero el útil lo cede en favor de otra empresa. Esta ha obtenido el financiamiento del 100 o/o del equipo que necesita. La primera ha hecho una colocación de fondos. Negocios típicamente financieros en un caso y en el otro.

Generalmente, se acepta que la empresa locadora es la que otorga al contrato el carácter financiero, por cuanto es una empresa de ese sector, constituida con las formalidades que la ley establece para tales empresas. Aspecto que en la norma positiva requiere de cierto afinamiento y definiciones, pues el artículo 2do. del Decreto Legislativo 469, que regula la actividad bancaria y financiera, establece que "las instituciones cuya actividad es la de ofrecer servicios de intermediación de dinero del público cualquiera que fuese la modalidad, organización o forma de operar, así como los organismos de control y regulación de las mismas constituyen el *sistema financiero nacional* . . .". Aspecto éste que concatenado con el Decreto Legislativo que regula en forma específica el arrendamiento financiero y que señala que se trata de un contrato mercantil, nos lleva a acudir a las definiciones de concepto para determinar el carácter financiero que toda la doctrina nacional y extranjera le reconoce al contrato de arrendamiento financiero; motivo de relevancia por cuanto no es precisamente el tráfico del dinero lo que caracteriza a la actividad de las empresas de arrendamiento financiero.

El artículo 1 del Decreto Ley 18957, derogado por el Decreto Legislativo 469, definía a la empresa financiera y entendía a ésta como toda sociedad anónima cuya finalidad consiste en captar recursos del público y de otras fuentes . . . y dedicarlos, junto con su propio capital, al financiamiento de mediano y largo plazo, realizando una o más de las operaciones que autoriza la ley de la materia.

También el Decreto Ley 7159, sin vigencia en la actualidad, definía a la empresa financiera como la persona jurídica cuyo negocio consiste en acudir al crédito del público por medio de la emisión de obligaciones, letras de cambio, vales, pagarés u otros documentos de crédito, u otras formas permitidas por la ley, para dedicar los recursos que así obtenga, junto con su propio capital y el que obtenga de otras fuentes de financiación, en una o más de las operaciones activas permitidas a las empresas bancarias.

Tratándose de empresas financieras o bancarias ya constituidas, es cuando puede apreciarse definitivamente el carácter financiero de estas empresas que, además de realizar operaciones propias de su actividad, realizan operaciones de arrendamiento financiero. En este caso, la condición de la empresa estaría calificando a la actividad de arrendamiento financiero como operación financiera. En forma latente se muestra la diferencia cuando la operación de arrendamiento financiero la realiza una empresa creada para hacer exclusivamente este tipo de operaciones y no otras de financiación o de intermediación, pues en este caso la empresa no realiza intermediación de dinero y, por tanto, no se calificaría como entidad del sector financiero.

Al tratar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero, Cárdenas Quirós (Revista Peruana de Derecho de la Empresa No. 21, "Leasing y Empresa", pág. 18, 1986) señala que no es posible asimilar la naturaleza jurídica de este contrato al de préstamo o mutuo por cuanto el arrendamiento financiero de *dinero* no es posible por cuanto éste no es un bien identificable, y, en cuanto a bien consumible, aun en el supuesto en que pudieran ser identificados, resulta irrelevante por cuanto en el mutuo, el mutuuario está obligado a devolver otros bienes de la misma especie, calidad o cantidad, pero no los mismos. En cambio, en el arrendamiento financiero si no se ejercita la opción de compra al término del plazo se deberá devolver el mismo bien.

La doctrina considera que las empresas que se constituyan con fines de realizar leasing han de ser financieras si se les otorga acceso directo al mercado de capitales. En caso contrario, habrían de ser únicamente empresas mercantiles, lo que nos sacaría del arrendamiento financiero para remitirnos al operativo o al renting. Hay, pues, uniformidad en la doctrina en el sentido de que las entidades que se dedican a este negocio sean necesariamente financieras. La legislación comparada se encuentra en esa ruta. La ley española de 1977, precedida por la ley francesa de 1966, establecen ambas la condición de estas empresas sometiéndolas a las

normas reguladoras de la banca y actividades o profesiones anexas.

Stewart, (*Ob. cit.*, pág. 85) señala que las empresas constituidas para realizar leasing financiero han de dedicarse exclusivamente a efectuar operaciones de arrendamiento financiero, las que constituirán sus colocaciones. Tratando de encontrar respuesta a la calificación de financiera indaga la forma de captar las disponibilidades líquidas del mercado; pues, de lo contrario la fuente de sus colocaciones sería únicamente su capital y eventualmente créditos que pudiera obtener. Encuentra respuesta en la previsión de la ley para la emisión de bonos de arrendamiento financiero, lo cual constituye una forma de llegar al ahorro del público y evidenciar el carácter financiero de estas empresas.

La ley argentina, según Lavalle Cobo y Pinto ("Leasing Mobiliario". Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 90), "precisa el ámbito del leasing, definiéndolo como la colocación de bienes de capital" agregan que, legalmente son tales "todos los elementos que intervienen en el proceso productivo sin sufrir transformaciones, ni extinción en el curso del mismo ni constituir un componente del bien final productivo". En su más amplia cobertura, considera al leasing como la actividad que intermedia la oferta y demanda de bienes de capital.

No podemos descartar que por la naturaleza de la actividad nos encontramos ante una empresa que desarrolla actividad financiera; y, sin embargo, cabe aún insistir si es correcto calificarla automáticamente como intermediaria financiera. Es indudable que el intermediario viene a ser aquél que se ubica entre dos sujetos y busca colocar el mismo producto, sacando partido de una ganancia por su posición de intermediario. De sufrir variación el producto, se desvirtuaría el objeto materia de la intermediación. De hecho, debemos descartar que el arrendamiento financiero busca la intermediación del dinero; el dinero no es cosa u objeto materia de este contrato. El dinero será materia de intermediación cuando la sociedad de leasing acuda al sistema financiero a procurar recursos para financiar sus colocaciones.

A la luz de lo señalado anteriormente, cabe reflexionar si nos encontramos frente a una actividad mediadora de capitales o de bienes de capital, lo cual nos lleva al extremo de revisar la ubicación de las empresas de arrendamiento financiero en el sistema financiero.

Ubicación de las empresas financieras en el sistema financiero

La función esencial que cumplen las instituciones de crédito se verifica en el hecho, como lo habíamos anotado en su oportunidad, de captar el dinero que se encuentra en poder de unidades económicas que estacionariamente tienen excesos de liquidez (de activos monetarios) y, colocar posteriormente estos excedentes en aquellas actividades que son más productivas y que requieren de financiamiento. El intermediario financiero se sitúa en la parte media entre el depositante o aquél que cuenta con excedentes y aquél otro que necesita y con su actividad logra la captación del ahorro modesto y lo inmiscuye en la producción al colocar tales bienes económicos ociosos en prestamistas que los emplean productivamente. Estos intermediarios cumplen su actividad mercantil siguiendo el móvil general de los actos comerciales, cual es la persecución de un beneficio o lucro que logra ganándose la diferencia entre la tasa de interés pasiva (o sea aquélla que tiene que reconocer a la persona que coloca su dinero en dicha institución) y la tasa activa (es decir, aquélla que cobra al usuario de los préstamos). (Sánchez Sánchez, Alfonso, "Las Compañías de financiamiento comercial, su actividad de intermediación financiera y su régimen jurídico", pág. 196, Tesis para optar el Grado de Abogado, Bogotá 1988).

Al intermediario financiero le corresponde con su actividad la promoción del ahorro para que éste cumpla con su función doble, de precaución a nivel individual y de producción a nivel de colectividad.

El Sector Financiero es una unidad global y definida, de la cual forman parte importante los intermediarios financieros.

El incremento o pleno desarrollo de la economía de una nación tiene como presupuesto un sector financiero sólido que sólo será posible con una adecuada estructura de este sector. Esta premisa supera a la tradicionalista que se basa en la tierra, capital y trabajo, como responsable directo del grado de desarrollo económico de una nación, presentando como factor decisivo del mismo, al sector financiero con una adecuada estructura y crecimiento. Resultado de esta corriente es la clasificación de las unidades financieras y sus consecuentes activos y pasivos financieros.

El apoyo del sector financiero al desarrollo económico será realizable en la medida en que el ahorro captado se canalice hacia las actividades productivas, lo cual implica de por sí una adecuada estructura de las instituciones financieras; y que, además, ellas tengan y puedan desarrollar

objetivos claros y precisos. En función de esta tendencia, en la medida que el sector financiero crece, la economía de un país crecerá.

Otra tendencia se configura en la dependencia fundamental que anuncia una sujeción del sector financiero al desarrollo real de la economía, en forma tal que en la medida que crezca la economía crecerá el sector financiero. En este caso, el desarrollo económico dictaría y determinaría las necesidades del sector financiero, de manera que las necesidades y propósitos de dicho sector estarían supeditados a los imperativos y oportunidades que fueran demandados por la estructura económica determinada.

Sin embargo, no puede mirarse esa dependencia como una regla rígida e inamovible, o como una relación determinista, pues una modificación de la estructura institucional puede traducirse en cambios del crecimiento económico, bien sea incrementándolo o frenándolo.

Existe una independencia relativa de la estructura y sector financiero que podría dar lugar a un impulso o decaimiento de la actividad económica.

Los intermediarios financieros cumplen con el fortalecimiento de un activo mercado financiero, realizando operaciones que comprenden la cristalización de transacciones a corto, mediano y largo plazo. Ello hace referencia a dos tipos de mercados: un mercado monetario (a corto plazo) y otro de capitales (a mediano y largo plazo).

El mercado de capitales enmarca la emisión, colocación y transacción de títulos financieros a largo plazo, cuya oferta y demanda es mediada por un conjunto de entidades financieras, quienes canalizan tales instrumentos de captación de ahorro hacia inversiones eficaces, buscando también el incremento de las tasas de ahorro, todo mediante el uso de las políticas adecuadas. (Sánchez Sánchez, *Ob. cit.*, pág. 22).

Dentro del objetivo del mercado de capitales se encuentra, en primer orden, la emisión de bonos, papeles, títulos, y otras formas de financiamiento destinadas a incrementar el ahorro (captación); y, en segundo término, busca la transferencia (colocación) de montos determinados de ahorro entre los inversionistas más eficientes, para financiar inversiones más productivas.

El mercado de capitales abarca dos campos: el mercado de nuevas

emisiones, que consiste en emisiones iniciales de títulos financieros, ya se trate de nuevas firmas o empresa, o bien en nuevas emisiones de firmas ya existentes. El segundo campo que comprende es aquél donde se efectúan las transacciones de títulos previamente emitidos, es decir, lo que forma el mercado secundario.

El mercado monetario es aquél donde se negocian los empréstitos a corto plazo. Esta idea parece destilarse del "short money market" (mercado monetario a corto plazo) existente en Inglaterra. En este mercado intervienen un grupo de empresas que tratan con préstamos a plazo inmediato, institucionalizando así una serie de operaciones financieras que se encontraban al margen del mercado de capitales.

En el mercado monetario se reúnen todas las disponibilidades y estaría representado por el conjunto de operaciones de crédito de pronta exigibilidad; esto es, con un plazo no superior al año y utilizando los medios y mecanismos de pago existente en un momento determinado. El factor preponderante es la liquidez, o sea, los activos líquidos disponibles que permitirían hacer frente a las obligaciones.

El llamado Mercado Financiero se constituye por dos de sus especies: el mercado monetario y el mercado de capitales que reúne en ambos a prestatarios y prestamistas, oferentes y demandantes de activos financieros, siendo estos activos el "producto" de un mercado financiero institucional.

La premisa según la cual la adecuada formación de capitales es uno de los presupuestos básicos para que se pueda alcanzar un desarrollo económico y social, a tasas óptimas de crecimiento, es aceptada casi universalmente; pues sólo con tal elemento las empresas podrían realizar sus planes de expansión aumentando su producción, lo que elevaría sus ingresos promedios, reflejados finalmente en un incremento de los niveles de ahorro real. La repetición sucesiva del proceso anteriormente descrito, sumado a los programas de inversión gubernamental, dan, así, las bases para el crecimiento. Por ello, dentro de los esquemas que presentan una sana política de desarrollo, debe encontrarse un fortalecimiento y uso sistemático de un mercado financiero, que canalice una generación suficiente y adecuada de los recursos financieros existentes y de su constante incremento a ritmo necesario de las demandas requeridas por el sector real de la economía, lo cual se logrará con una sana intermediación financiera, como elemento catalizador y, a su vez, como columna vertebral de todo el proceso para que, de esta manera, exista una

correspondencia adecuada entre el sector real y el financiero (Sánchez Sánchez, *Ob. cit.*, pág. 26).

Dentro de los intermediarios financieros, según Gurley Shaw, ("Money in a Theory of Finance", The Brookings Institution; Washington 1969, pág. 193), se debe distinguir los intermediarios monetarios y los no monetarios. "Los del sistema monetario, en su papel de intermediación, venden seguridades primarias y crean dinero. Como administradores de los mecanismos de pago, cambian depósitos por créditos a sus prestatarios en diferentes proporciones según sus necesidades. Los no monetarios actúan solamente en el papel de vender seguridades primarias sin crear expansión monetaria por ellos mismos, lo cual se entiende como simples depósitos de ahorro y otras obligaciones.

Esta distinción nos permite apreciar que los intermediarios financieros no monetarios realizan su labor sin que con su actuación se afecte o expanda el acervo monetario en la economía, ya que no modifican por sí mismos la base monetaria, sino que se limitan a emitir títulos financieros que a su turno entregan a los ahorristas como respaldo por esos recursos que han captado.

Los intermediarios financieros, conformados por el sistema bancario en general, sí producen con su actuación modificaciones en la base monetaria existente. Es decir, sí crean medios de pago.

Los intermediarios monetarios, por lo general, se dedican a canalizar recursos, en forma de depósitos a corto plazo y por medio del contrato de cuenta corriente, lo cual lo sitúa en el mercado monetario y de corto plazo. A su vez, los intermediarios no monetarios, en su gran mayoría, se dedican a cautivar los recursos de las unidades excedentes mediante la emisión de bonos y otras diversas clases de títulos financieros, actividades éstas peculiares al campo propio del mercado de capitales, o a mediano y largo plazo.

Para Boneo y Barreira (*ob. cit.*, pág. 218), al tratar del medio en el que se desenvuelve el underwriting opina que es preciso distinguir, dentro del concepto genérico de mercado financiero, a los denominados *mercado de dinero* y *mercado de capitales*.

Al primero fluyen las disponibilidades transitorias en poder de la comunidad, que se canalizan a través de instituciones específicas que actúan en dicho mercado, en especial los bonos comerciales.

El destino habitual de los recursos captados en el mercado de dinero es el financiamiento de capital en giro de las empresas, y de las necesidades de consumo de la comunidad, siendo las operaciones así pactadas de corto plazo.

Al mercado de capitales confluyen, en cambio, los ahorros del público, entendiendo como ahorro el conjunto de los excedentes provenientes de la diferencia entre los ingresos de la comunidad y sus necesidades de consumo. Ahorro es, también, todo ingreso que se destina a un consumo diferido en el tiempo.

Los recursos del mercado de capitales se dirigen generalmente hacia inversiones a mediano y largo plazo; de allí, pues, que permiten el financiamiento del Estado y de las empresas en un caso para hacer frente a obras de infraestructura, y, en otros, para la adquisición y renovación de activos fijos.

De Oteiza (De Oteiza, José Andrés, "Política de fomento de los mercados de capitales", B.I.D., pág. 16) al diferenciar el capital real del capital financiero, sostiene que "el capital real se refiere a los medios de producción tangibles, mientras que el capital financiero comprende los activos financieros que lo representan, lo que da lugar a que se designe como mercado de capitales a aquél en que se negocian los activos financieros. Esto obliga a establecer la distinción entre mercado de capitales, en los que se movilizan recursos a largo plazo, y mercado de dinero donde se negocian obligaciones con plazo de vencimiento menor a un año. Los mercados de dinero sirven básicamente para proveer fondos que faciliten el movimiento de bienes y servicios en la comunidad, mientras que los mercados de capitales son el mecanismo que permite agilizar el financiamiento de la inversión.

El mercado de capitales es considerado como un segmento del mercado financiero, entendido éste, a su vez, como el conjunto de instituciones e instrumentos orientados a la transferencia de recursos entre los agentes económicos y cuyas operaciones comprenden los préstamos destinados a consumo, capital de giro de las empresas, inversiones en activos fijos y vivienda, a corto plazo, mediano y largo plazo. El concepto abarca normalmente, en sentido específico, la actividad relacionada con la obtención de capitales de riesgo y créditos de mediano y largo plazo, es decir, con término de duración mayor de un año. En un significado más restringido comprende sólo el tráfico en valores mobiliarios. (Fescina, Andrés y Jelonche, pág. 1, "El Mercado de Capitales y las sociedades

anónimas", trabajo presentado en el II Congreso de Derecho Societario, octubre, 1979, Mar del Plata, Argentina).

En igual sentido, De Oteiza (*ob. cit.*, pág. 17), expresa que dentro del sector financiero ambos mercados son interdependientes. Lo que se ofrece y demanda, tanto en el mercado de dinero como en el de capitales, son recursos en forma monetaria de manera que no pueden diferenciarse con precisión, ya que son sustituibles entre sí.

En la década de 1930, las entidades que edifican las bases del sistema financiero eran únicamente cuatro:

- 1) Los Bancos Comerciales
- 2) Los Bancos Hipotecarios
- 3) Las Cajas de Ahorro
- 4) Los almacenes generales de depósito.

Este era el panorama de las entidades que actuaban en el ambiente financiero de la época. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, hubo necesidad de un replanteamiento fundamental: el crecimiento y desarrollo económico y el incremento del comercio exterior entre otros factores produjeron la creación de otras instituciones que poco a poco entraron a formar parte del mundo financiero.

Las nuevas necesidades de los usuarios de los servicios bancarios y crediticios fueron atendidas y asumidas por las entidades existentes, extendiéndose así la órbita de competencia de esas instituciones financieras y obligándolas, en correspondencia, a la ampliación de sus capitales; pero, de otro lado, existe la opción de promover la creación de nuevas instituciones que asumirán el conocimiento de las nuevas exigencias financieras. Ello derivó en el surgimiento de las compañías de seguros y otras como las compañías de leasing. En otras legislaciones surge el mismo fenómeno dando lugar a sociedades capitalizadoras, corporaciones financieras, sociedades administradoras de inversión y fondos mutuos, cooperativas de ahorro y de vivienda, etc.

Para el ordenamiento y clasificación de los intermediarios financieros y para-financieros debe tomarse posición respecto de dos puntos extremos: la banca especializada o la multibanca.

En el extremo de la especialización cada una de las funciones que conformarían el desarrollo de la actividad financiera, correspondería a

una específica institución, la cual desarrollaría esa función de una forma prácticamente privativa. Dicho en otra forma, cada entidad tendría una determinada órbita de competencia, por virtud de la cual cumpliría con ciertas funciones concretas, excluyendo a todas las demás.

La banca universal o multibanca comprende un centro de prestación universal de servicios financieros, con responsabilidad unitaria frente a la clientela, los accionistas y el gobierno. Se ha argumentado a su favor que sólo mediante ella se podría tener verdaderas instituciones financieras del tamaño suficiente a las reales necesidades del sector empresarial, organizada a remedo de supermercado con todos los servicios financieros de los usuarios del crédito, lo que de por sí colmaría las necesidades del servicio en una sola o en muy pocas instituciones. En forma accesoria se evitaría la peligrosa atomización del sector, la conveniente dispersión de riesgos y, finalmente, facilitaría el control y la supervigilancia gubernamental.

De primar el criterio de la especialización, podríamos agrupar las instituciones financieras en:

- a) los establecimientos de crédito;
- b) los inversionistas institucionales; y
- c) las entidades de servicios financieros.

Son establecimientos de crédito las entidades que realizan, habitual y masivamente, la actividad de recibir fondos del público en depósito o a cualquier otro título en el que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios; o hacen anticipos, préstamos, descuentos u otras operaciones activas de crédito.

Vemos así que los establecimientos de crédito pueden desarrollar como objeto propio la intermediación financiera y, en consecuencia, pueden captar y colocar recursos en forma masiva y habitual, aunque, si bien es cierto, cada uno de los extremos (captación o colocación) no permite por sí sólo calificar la actividad como financiera.

Son inversionistas institucionales las entidades que captan recursos y los destinan a la realización de inversiones, en desarrollo de su objeto social o para garantizar el cumplimiento de obligaciones que contraen. La característica de éstos es que captan recursos del público, pero sólo mediante la celebración de específicos contratos señalados por la ley, y manteniendo la obligación fundamental de invertir esos recursos en la

forma taxativa que la misma ley les indique; inversión ésta que se realiza en desarrollo y cumplimiento social de la institución financiera, o para garantizar las obligaciones que ha contraído la misma entidad.

Son entidades de Servicios Financieros aquéllas que desarrollan, como objeto social, una o más funciones de las atribuidas accesoriamente por la ley a los establecimientos de crédito.

Es decir que, en principio pueden desarrollar como objeto exclusivo alguna de las funciones asignadas por la ley a un establecimiento de crédito o a un inversionista institucional; pero, a diferencia de ellos, no pueden captar recursos del público y, como consecuencia, no pueden realizar intermediación financiera.

Se tiene así la siguiente clasificación:

- a) Establecimientos de crédito:
 - bancos comerciales
 - bancos hipotecarios
 - corporaciones de ahorro y vivienda
 - compañías financieras
 - cajas de ahorro

- b) Inversionistas institucionales
 - las sociedades de capitalización
 - las compañías de seguros
 - las sociedades administradoras de inversión

- c) Entidades de servicios financieros
 - almacenes generales de depósito
 - sociedades de arrendamiento financiero (leasing).

Mediante la especialización funcional se busca beneficiar a los distintos sectores de la economía mediante la asignación de una determinada institución financiera.

Son intermediarios financieros los que, de una manera profesional, se dedican a captar recursos del público en general para su posterior colocación. Luego, la sola operación pasiva (captación) o la activa (colocación) independientemente consideradas no constituyen actividades de intermediación, aun cuando son en sí mismas actividades financieras.

Esto así, pueden considerarse intermediarios financieros: los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, cajas de ahorro, compañías financieras y sociedades de capitalización.

Existe otro grupo que, perteneciendo al género de instituciones financieras, no son propiamente intermediarios; pero, indudablemente cumplen actividades y funciones financieras. Son instituciones homologadas a las intermediarias las compañías de seguros; las sociedades de administración de inversión; las asociaciones mutualistas de ahorro y préstamo y las compañías de leasing.

Otro grupo sería las llamadas instituciones para-financieras, las que simplemente realizan labores complementarias de servicios afines a la actividad financiera; entre ellas, los almacenes generales de depósito y las bolsa de valores y productos.

La actividad de intermediación financiera es aquélla conformada por un sinnúmero de diligencias que realizan empresas especializadas, cuyas relaciones se desenvuelven dentro de la órbita propia del mercado financiero con un dinamismo característico y adecuado de los elementos que intervienen en ellas, y que permiten el acercamiento entre los que poseen los recursos financieros y quienes los necesitan, mediante la captación y colocación de dichos fondos.

Los intermediarios financieros, protagonistas de esa actividad de intermediación, canalizan el ahorro y la inversión hacia las actividades más productivas, contribuyendo de manera definitiva a la edificación de sólidos mercados financieros, premisa fundamental para un pleno desarrollo económico.

Partiendo de la noción según la cual aquéllas relaciones que por su especial trascendencia se encuentran reguladas por el derecho son relaciones jurídicas. La actividad de intermediación financiera es una de ellas, cuyos elementos son: los sujetos son el intermediario financiero (pasivo); el objeto lo constituyen los activos y pasivos financieros; el contenido será el surgimiento de una obligación de hacer cuyo contenido será la cancelación o el pago de un pasivo o activo financiero. El hecho jurídico se refiere a la celebración del contrato de mutuo entre el intermediario financiero y el prestamista o usuario del crédito.

La Arrendataria: El usuario de los bienes otorgados en arrendamiento financiero es la persona identificada como arrendatario. La ley no exige que tenga formalidad alguna o que adopte personería jurídica determinada como sí lo hace cuando identifica al locador o empresa de leasing, para quien obliga que se trate de una sociedad anónima.

La persona jurídica como ente distinto a los hombres que la conforman, ha permitido separar el patrimonio en juego en la actividad comercial y limitar su responsabilidad. Algunos autores encuentran en esta premisa y en el artículo 130 de la Constitución Política del Estado que señala que las empresas son unidades de producción, y admite diversas modalidades que le otorga la personalidad jurídica, que la empresa es un sujeto de derecho que será persona cuando haya adoptado una forma o modalidad constitutiva y se haya inscrito en el Registro Público. Se tiene así, que el fenómeno empresa es siempre preliminar a la personalidad societaria. (Stewart, *Ob. cit.*, pág. 70). Bajo ese mismo criterio la persona que realiza actividad comercial se identifica como empresa por la misma actividad que desarrolla, y en tanto no la desarrolle mantiene su personalidad natural.

Precisamente, se trata de dilucidar si la persona usuaria o arrendataria en el contrato de arrendamiento financiero merece o requiere la calidad de empresa, —al decir de los autores que señalan esta categoría como innovación en el derecho comercial—, o si resulta indiferente que se trate de persona natural o jurídica el sujeto pasivo de la relación contractual.

La ley que regula el arrendamiento financiero no es categórica en señalar que el sujeto pasivo, es decir, el arrendatario debe ser una persona jurídica o simplemente debe ser empresa, como lo hacía en forma clara y precisa el Decreto Legislativo 212, cuando en su artículo 3ro., ya derogado por el Decreto Legislativo 299 señalaba que "la arrendataria deberá ser necesariamente una persona jurídica". Opción que era limitante ante la posibilidad de comerciantes que a título individual desarrollaran una actividad comercial, industrial o de servicios. En sentido opuesto, el Decreto Legislativo 299 omite pronunciarse al respecto dejando a la doctrina y a la práctica la adecuación de las partes en el contrato. Sin embargo, las características propias del contrato conllevan a determinar que se trata de una figura en la que el sujeto pasivo debe ser por naturaleza una empresa. Dentro de la gama de actividades a las cuales se dirige este contrato tenemos que, principalmente, se trata de una forma de apoyo para la obtención de las necesidades de activos fijos de las empresas



industriales; siendo el caso que algunas legislaciones extranjeras cifien esta modalidad contractual para las empresas industriales, como es el caso de la legislación belga y francesa, respectivamente.

Al tratar del arrendatario, Stewart (*ob. cit.*, pág. 95) señala que el usuario del leasing es una *empresa* a cuyo equipo o activo fijo está destinado el objeto de éste, el cual debe producir ingresos que permitan el pago de las cuotas. En ningún momento la ley se refiere a modalidad alguna de empresa, salvo en el caso de empresas navieras que les brinda una disposición específica y reglamentaria. La opinión predominante es que la empresa usuaria ha de ser preferentemente industrial dado que requiere, más que ninguna otra, bienes de activo fijo, maquinaria, equipo, edificaciones, que se recomienda sean financiados en el mediano y largo plazo para evitar la inmovilización del capital de la empresa. El arrendamiento surge como una respuesta a la necesidad de financiamiento de bienes de capital, bienes que por concepción están destinados a producir, razón por la que encontramos consistente la posición que esta figura jurídica está destinada a las empresas como sujetos pasivos. Si bien la ley, en su artículo 1ro., no hace tal precisión, pues sólo se refiere a "la arrendataria" como la otra parte contractual, el desarrollo de la ley y sus disposiciones reglamentarias y complementarias hacen presumir que sólo nos estamos refiriendo a las empresas. Se trata, pues, de una figura jurídica que procura brindar las facilidades para orientar la inversión a objetivos netamente productivos, lo cual descarta, al decir de Stewart (*ob. cit.*, pág. 107) que lo utilitario, suntuario, o de recreo, no están dentro del objeto del leasing, por tanto, los bienes personales no son su objeto; concluyendo que los sujetos arrendatarios son necesariamente empresas. Aspecto este último que nos trae a colación el análisis del objeto de contrato, dado que la cosa sobre la que recae el contrato suele ser bienes destinados a la producción, actividad que ejerce la persona a través de la empresa.

En efecto, los bienes sobre los que puede recaer el objeto del contrato son todos aquéllos medios materiales de producción integral que constituyen el equipamiento de las empresas, o aquellos bienes de equipo material industrial o utillaje e inmueble de uso profesional. Se requiere que sean bienes determinados o determinables pudiendo referirse a bienes futuros todavía no elaborados siempre que estén suficientemente especificados.

El leasing se diferencia de los demás mecanismos de financiación, entre otros criterios, por los bienes que pueden ser objeto de la operación, que son solamente una clase de bienes, calificados económicamente como

bienes de equipo o de capital, los cuales no figuran en ninguna de las tradicionales categorías jurídicas para distinguir bienes.

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

En un sentido amplio, bienes de equipo serían todos aquéllos que equipan al empresario, incluidos los automóviles utilizados para el desempeño de la actividad. Algunos autores consideran que es lógico circunscribir el leasing a los bienes de equipo, por considerar que es constitutivo de la esencia del leasing, y la misma razón que el bien, directa o indirectamente, se autofinancie, cualidad de la que, por regla general, no gozan los llamados bienes de consumo.

Sin embargo, si la ley no restringe este concepto en cuanto a los bienes, no puede limitarse vía la interpretación doctrinaria.

Los bienes objeto del LEASING debe ser NO FUNGIBLES, es decir, que no puedan ser reemplazados con otros en el cumplimiento de la obligación. Si se tratase de bienes fungibles estaríamos frente a un mutuo posiblemente.

En la legislación colombiana es posible que los bienes materia del contrato de leasing puedan tratarse de bienes inmateriales, como marcas, patentes, etc. Se señala, en la doctrina colombiana, que no hay razón para que en este tipo de bienes que son susceptibles de usarse en la actividad empresarial no puedan ser objeto de leasing.

En la legislación peruana los bienes pueden ser físicos, muebles o inmuebles y las operaciones de arrendamiento financiero podrán referirse a bienes tangibles y no a derechos sobre éstos, salvo en caso de inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal. El artículo 26 del Decreto Legislativo 469 también prohíbe celebrar contratos de arrendamiento financieros sobre títulos-valores o valores de cualquier especie o denominación, contribuciones tecnológicas intangibles, marcas, patentes, programas de computación y similares.

En la ley francesa, el objeto en torno al cual gira el contrato se califica como bienes de equipo industrial o comercial en la más amplia acepción del término. La necesidad de que el objeto del leasing sea un bien de equipo o producción ha adquirido rango legal con la definición

que del contrato hace el artículo primero de la ley francesa 66/455. La ciencia económica utiliza para la distinción entre bienes de producción y de consumo un criterio teleológico. De acuerdo con el mismo, serán bienes de consumo los destinados a la satisfacción inmediata de necesidades más o menos reales, mientras que serán bienes de capital los que se incorporan a sucesivos procesos productivos. El hecho de que el criterio no sea perfectamente realizable en el terreno de la práctica, así como el que junto a ambas categorías se haya introducido una tercera, la de los bienes de consumo duradero, hace que no pueda determinarse de modo absoluto la naturaleza económica de ciertos bienes como el automóvil. (Rafael Illescas Ortiz, *ob. cit.*, pág. 76).

José María de la Cuesta Ruté (*ob. cit.*, pág. 552), al referirse a los bienes muebles, señala que no en todo caso no hay que decir que se trata de bienes corporales y, desde luego, no consumibles. El problema capital se centra en torno a la calificación de los bienes por su destino económico, según sea ésta la producción o el consumo. Atendiéndose al Derecho Comparado tanto la ley belga como la ley francesa se refieren a bienes de producción o concretamente a bienes de equipo y excluyen los bienes de consumo y de uso mixto. Se reserva el leasing al equipo industrial, comercial o profesional, existiendo conciencia generalizada que el leasing es una fórmula de financiación de la disponibilidad de bienes de equipo. La doctrina es uniforme al admitir que los bienes no tienen por qué ser de serie. Precisamente en ello suele advertirse una diferencia más con el llamado leasing operativo y con el renting.

Boneo y Barreira (*ob. cit.*, pág. 87) consideran que el crecimiento de la industria y el comercio ha desactualizado el contenido de cualquiera de las categorías tradicionales de bienes y va esbozando nuevas pautas innovadoras. Actualmente, la riqueza mobiliaria es equiparable a la inmobiliaria. En este sentido, se observa que la perpetuidad que se exige a la inmovilización por adhesión física al suelo de una cosa mueble para ser calificada como inmueble no resiste el adelanto tecnológico.

Elo lleva a que cada vez más sea utilizada la expresión "bienes de capital" o "bienes de equipo" para designar aquellos bienes corporales de naturaleza mobiliaria o inmobiliaria y comercializable, cuya función radica en participar en mejorar el desarrollo de las empresas. Los bienes de capital sirven para la obtención de otros bienes o son instrumentos para producir servicios.

Los bienes de capital presentan una particularidad que consiste en declinar su propiedad en favor de su uso. En otras palabras, la titularidad del dominio de los bienes de producción no interesan tanto a las empresas como su uso. Los motivos están dados por la conjunción del desgaste físico de material y la aceleración de los progresos tecnológicos que inciden en la disminución de la vida útil de tales bienes. La ley argentina No. 21526 circunscribe el objeto de las operaciones de leasing a los bienes de capital.

El contenido y efecto terminal del contrato de leasing está manifestado por la facilitación del uso de un bien de capital con la posibilidad adicional de adquirir su propiedad a la época del vencimiento del contrato.

Las modernas doctrinas económicas aceptan que el uso de los bienes de capital, y no su mero dominio, es la causa generadora de los beneficios. Tal particularidad ha impulsado la utilización del leasing en la práctica internacional.

El leasing se inserta en el mercado financiero como una nueva técnica de crédito, complementaria de las tradicionales, ofrecida a las empresas para su equipamiento y renovación.