

Leasing financiero mobiliario internacional*

Víctor Gregorio Garrido Ramos**

AMDIPC, 2025, No. 7, pp. 17-220.

Resumen

“Las reglas jurídicas forman el primer elemento del cuadro de la vida económica”. El comercio internacional forma parte de la vida económica venezolana en virtud de ser una “actividad económica que puede ser ejercida libremente por cualquier persona” (artículo 112 de la CRBV). Al punto, el empresario productor venezolano necesita adquirir bienes de capital (Equipos) de avanzada tecnología que lo capaciten para competir ventajosamente en los mercados internacionales a fin de contribuir —conjuntamente con el Estado— al crecimiento y desarrollo económicos en el marco de nuestro Régimen Socioeconómico de Mercado (artículo 299 de la CRBV). A tales efectos, el Leasing Financiero Internacional se erige como una técnica de financiación eficiente a la disposición del Usuario, a pesar de ser una de las más complejas técnicas de financiamiento. Sin embargo, el ordenamiento jurídico venezolano no dispone de institucionalización normativa alguna sobre operaciones de leasing financiero mobiliario internacional —enmarcada en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado— que discipline los diversos aspectos de esta compleja técnica de financiación. Sólo existe una escasa reglamentación sobre la figura del arrendamiento (leasing) financiero referida únicamente al funcionamiento del Arrendador financiero. Dicho esto, el contenido de esta Tesis de Grado hace referencia a diversos aspectos propios del leasing financiero internacional de bienes muebles de capital (equipos) y al aporte de respuestas relativas a diversas cuestiones que puedan surgir derivadas de la natural divergencia espacial existente entre los ordenamientos jurídicos nacionales.

Abstract

“Legal rules constitute the first element in the framework of economic life.” International trade is part of Venezuela’s economic life by virtue of being an “economic activity that may be freely undertaken by any individual” (Article 112 of the Venezuelan Constitution). In this context, Venezuelan producers and business owners need to acquire capital goods (equipment) based on advanced technology that will enable them to compete effectively in international markets and thus contribute—together with the State—to national economic growth and development, within the framework of our Market-Based Socioeconomic System (Article 299 of the Constitution). For this purpose, International Financial Leasing emerges as an efficient financing tool available to users, despite being one of the most complex financing techniques. However, the Venezuelan legal system lacks any specific regulatory framework—within our private international law system—governing international financial leasing transactions involving movable capital goods. At present, there is only limited regulation regarding financial leasing, and it refers exclusively to the operations of the financial lessor. Against this backdrop, this thesis explores various key aspects of international financial leasing of movable capital goods (equipment) and offers responses to legal questions arising from the inherent cross-border divergences between national legal systems.

* Trabajo defendido, aprobado y calificado como excelente, el 15 de marzo de 2005. Actuó como tutor el profesor Eugenio Hernández-Bretón, y lo acompañaron, como miembros del jurado, los profesores José Alfredo Giral Pimentel (†) y Álvaro Posada Sesariego. El presente trabajo no está actualizado y se mantiene tal cual como se defendió.

** Universidad Central de Venezuela: Abogado (1996); *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado (2006); Ingeniero Mecánico (1967); Post Grado de Administración (1973); Profesor en la Escuela de Derecho de la UCV en las asignaturas Derecho Internacional Privado y Economía Política (2012 hasta el presente). Universidad Metropolitana: Profesor en la Escuela de Ingeniería Mecánica en materias de Termodinámica (1974-2001); Universidad José María Vargas: Profesor en la Facultad de Derecho en las asignaturas Derecho Internacional Privado y Economía Política (2007-2012).

Palabras clave

Operación de leasing financiero. Bienes de capital (equipos). Proveedor. Arrendador financiero. Usuario. Convenio de suministro. Convenio de leasing. Leasing internacional.

Keywords

Financial Leasing Operation. Capital Goods (Equipment). Supplier. Financial Lessor. Lessee (User). Supply Agreement. Leasing Agreement. International Leasing.

Sumario

Introducción. Capítulo 1. Origen y desarrollo del leasing financiero. I. Importancia económica del crédito financiero garantizado. II. Descripción de la operación. III. Polisemia del término *leasing*: necesidad de precisarlo. IV. Perspectiva internacional del leasing financiero. Capítulo 2. Análisis de la operación de leasing financiero. I. Sujetos que participan en la operación. A. El usuario o arrendatario financiero. B. La arrendadora o empresa de leasing. C. El proveedor o fabricante. II. Los bienes que son objeto de leasing financiero. A. Bienes muebles de producción o de capital. B. Bienes inmuebles. III. Etapas de la operación. A. La etapa precontractual. B. La etapa contractual. C. La etapa postcontractual. IV. Aspectos estructurales de la operación. A. La función de financiación. B. Requerimiento y especificaciones del bien. C. Transferencia de la propiedad económica. D. La “triple opción” del usuario. Capítulo 3. Figuras afines y clasificación del leasing financiero. I. Figuras afines al leasing financiero. A. El leasing operativo. B. El *Renting*. C. El *Lease-back*. D. La venta con reserva de dominio. II. Clasificación del leasing financiero. A. Mobiliario e inmobiliario. B. Interno e internacional. C. Para la producción y para el consumo. Capítulo 4. Aspectos contractuales de Derecho material interno. I. Marco clasificatorio. A. Contrato complejo. B. Contrato oneroso. C. Contrato por adhesión. D. Contrato típico o nominado. E. Contrato principal. F. Contrato de tracto sucesivo. G. Contrato consensual. H. Contrato privado. I. Contrato mercantil. II. Elementos de existencia y validez. A. Requisitos de existencia. 1. Consentimiento de las partes. 2. El objeto, la causa y la forma. B. Elementos esenciales específicos. 1. La duración del contrato. 2. El precio contractual. 3. La “triple opción final” del usuario. 4. El valor residual. C. Los elementos accidentales. 1. Modus. 2. Término. 3. Condición. D. Requisitos de validez. 1. Capacidad de las partes. 2. Vicios del consentimiento. Capítulo 5. Leasing financiero en el Derecho comparado. I. En el Derecho norteamericano. II. En el Derecho de la Provincia de Quebec. III. En el Derecho español. IV. En el Derecho francés. V. En el Derecho argentino. VI. En el Derecho colombiano. VII. En el Derecho argelino. Capítulo 6. El arrendamiento financiero en Venezuela. I. Regulación inicial en los Códigos Civil y de Comercio. II. La Ley General de Bancos y otras Instituciones de Crédito de 1975. III. Las Normas sobre Arrendamiento Financiero de Bienes de 1982. IV. El Decreto No. 2.351 de 12 de diciembre de 1983. V. La Ley General de Bancos y otras Instituciones de Crédito de 1988. VI. La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 1993. VII. La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2001. Capítulo 7. Internacionalidad del leasing financiero. I. La internacionalidad del contrato. II. Las fuentes de Derecho Internacional Privado. A. Las fuentes convencionales internacionales. B. Las normas de Derecho Internacional Privado venezolano. C. La analogía. D. Los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados. III. La *Lex Mercatoria* como fuente de Derecho internacional privado venezolano. Capítulo 8. La Convención de *Unidroit* sobre Leasing Financiero Internacional. I. El preámbulo de la Convención. II. Ámbito de aplicación y disposiciones generales. A. Descripción y características de la operación. B. El ejercicio de la “triple opción”. C. Exclusión del leasing financiero para el consumo. D. Admisión de operaciones de subarrendamiento. E. La internacionalidad del leasing financiero. F. Aplicación a inmuebles por incorporación. G. Exclusión por consentimiento de las partes. H. Interpretación y cuestiones no reguladas expresamente. III. Derechos y obligaciones de las partes. A. Derechos del usuario respecto de la arrendadora. B. Derechos de la arrendadora respecto del usuario. C. Relaciones de la arrendadora y del usuario con el proveedor. IV. Relaciones

de las partes con terceros. A. Efectos de los derechos de las partes respecto a terceros. B. Cesión de los derechos de las partes. Capítulo 9. Derecho aplicable al contrato de leasing financiero internacional. I. La noción de autonomía conflictual. II. La noción de autonomía material. III. Los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. IV. Las cuestiones calificables como contractuales. V. La libertad elección del Derecho competente. VI. El fraccionamiento voluntario del contrato. A. Las negociaciones previas. B. El convenio de leasing. C. El convenio de suministro. D. El acuerdo de garantía. VII. El momento de la elección voluntaria. VIII. El cambio del Derecho elegido. IX. El carácter expreso de la elección. X. La naturaleza del Derecho elegido voluntariamente. XI. Derecho aplicable en ausencia de elección por las partes. A. El principio de proximidad. B. La aceptación de la prestación característica. C. La exclusión de la prestación característica. D. El fraccionamiento Judicial. Capítulo 10. Ámbito material del Derecho aplicable al contrato de leasing financiero internacional. I. Existencia y validez del consentimiento. II. La formación del contrato. A. Formación del convenio de suministro. B. Formación del convenio de leasing. III. Efectos del contrato. A. Las obligaciones de las partes. B. El cumplimiento de las obligaciones. C. El régimen del incumplimiento. D. La extinción de las obligaciones. IV. Nulidad o invalidez del contrato. V. Interpretación del contrato. Capítulo 11. Cuestiones que son objeto de la autonomía material. I. Las condiciones generales de contratación. A. El control de las condiciones generales. B. Recurso al principio de la buena fe. C. Recurso al Derecho positivo. D. Recurso al principio de conmutatividad. II. Cuestiones de licitud en algunas condiciones generales de contratación. A. La cláusula que “exonera de responsabilidad a la arrendadora cuando el usuario no dispone de los bienes en la fecha y lugar convenidos”. B. La cláusula que “exonera de responsabilidad a la arrendadora si los bienes presentan vicios que los desvaloran o los hacen inservibles o si el usuario es víctima de evicción”. C. La cláusula según la cual “el usuario soporta el riesgo del deterioro o del perecimiento fortuito de los bienes”. D. La cláusula según la cual “la falta de pago puntual de alguna cuota justifica la resolución del contrato de leasing financiero, la devolución de los bienes y el pago inmediato de una parte importante de las cuotas vencidas”. III. El asunto de las condiciones generales de contratación en Venezuela. IV. Cláusulas contra hechos que afectan la ejecución del contrato. A. La cláusula de valor. B. La cláusula de *hardship*. C. La cláusula de fuerza mayor. V. Cláusulas contra alteración del Derecho elegido. A. Las cláusulas de estabilización. B. Las cláusulas de intangibilidad. Capítulo 12. Cuestiones que no son objeto de la voluntad de las partes. I. La capacidad de las partes contratantes. II. Los aspectos formales del contrato. A. La forma del contrato como acto jurídico. B. El acto instrumental o documento probatorio. C. Las formas publicitarias. III. La existencia del consentimiento. IV. Los derechos reales de las partes contratantes: A. Los derechos reales de la arrendadora. B. Los derechos reales del usuario. C. Los derechos reales del proveedor. V. Cuestiones reguladas imperativamente. VI. Cuestiones de Derecho público. Conclusiones.

Introducción

Este Trabajo de Tesis tiene por objeto de estudio el Contrato de Leasing o Arrendamiento Financiero Internacional de bienes muebles de capital destinados a la producción económica, enmarcado dentro del sistema autónomo de Derecho Internacional Privado venezolano a la luz del Derecho comparado. Su motivación encontró fundamento en palabras pronunciadas por el Doctor Pedro R. Tinoco hijo en diciembre 10 de 1991: “La legislación mercantil amerita una revisión en muchos aspectos para ajustarse a las nuevas realidades económicas de nuestros tiempos (...) Hay nuevos contratos hoy en día de gran utilización práctica mercantil financiera, que no están normados en forma específica. Uno de estos es el Arrendamiento

Financiero, el cual tiene características propias fundamentales que lo diferencian totalmente del concepto tradicional del Arrendamiento. Su amplia aplicación en el mercado financiero amerita su institucionalización normativa”¹.

Tras pasado el umbral del siglo XXI tal situación permanece invariable, sin dejar de reconocer que el Derecho contractual venezolano se ha enriquecido con la ratificación de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994) y la promulgación de la Ley de Derecho Internacional Privado (1998). En contraste, el Contrato de Leasing Financiero Internacional ha sido institucionalizado normativamente en Colombia (1994), Argelia (1996) y Argentina (2000); sólo por mencionar algunos ejemplos a los que hacemos referencia en este Trabajo². Esta tendencia es reveladora del interés que han tenido los Estados en promulgar instrumentos legales que disciplinen este Contrato complejo, lo cual permite afirmar que la naturaleza jurídica del leasing financiero es un asunto que ha sido ampliamente debatida. Así lo demuestran las distintas posturas sostenidas en las diversas doctrinas extranjeras³.

Hoy día, se le reconoce como un contrato típico, con causa única y complejo en sus transferencias patrimoniales, constituyendo así la vestidura jurídica de una operación mercantil de financiación. Así lo recoge, en Venezuela, la definición descriptiva de esta operación contenida en Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2001⁴ (en adelante: LGBOIF). No obstante, aun persisten, jurídicamente, ciertas confusiones entre la figura contractual que nos ocupa aquí y otras que le son afines. Bien sea por causas simplemente terminológicas⁵ —como suele ocurrir con el denominado “leasing operativo” — o por semejanzas estructurales, tal como ha ocurrido respecto de la “venta con reserva de dominio”⁶. Tal situación permite afirmar que el contrato de leasing financiero tiene en la vida económica de las naciones de *Civil Law* una implantación muy superior a la de figuras jurídicas cargadas de doctrina antigua que, en un momento dado, se consideraron idóneas para servir de soporte jurídico al desarrollo industrial. Esto constituye un ejemplo de rápido avance de la realidad socioeconómica de los Estados respecto de su realidad legislativa, en base a la autonomía de la voluntad como principio director del Derecho contractual.

¹ Tinoco (hijo), Pedro, *El Nuevo Derecho. Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, ACPS, 1991, p. 18.

² *Vid.* Capítulo 5, *infra*.

³ En España: José Manuel Villar Urbarri, José Manuel, *Régimen jurídico del "leasing"*. *Cuestiones mercantiles, fiscales y penales*, Madrid, EDERSA, 1993, pp. 67-132. En Italia: Buonocore, Vincenzo, *La Locación Financiera en el Ordenamiento Italiano*, en: *El Leasing*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pp. 15-120. En Francia: Crémieux-Israel, Paniele, *Leasing et Crédit-Bail Mobiliers*, Paris, Dalloz, 1975, pp. 7-22.

⁴ *Vid.* Capítulo 6, epígrafe VII.

⁵ *Vid.* Capítulo 1, epígrafe III.

⁶ *Vid.* Capítulo 3, epígrafe I(D).

Desde su perspectiva funcional, el mecanismo operacional del leasing financiero es idéntico tanto en el tráfico interno como en el externo. Sin embargo, su función de financiación, aparejada con el incuestionable crecimiento del del progreso tecnológico global, han hecho del leasing financiero mobiliario internacional un instrumento utilizado tanto por los países altamente industrializados como en aquellos “en vía de desarrollo económico”. Particularmente en Venezuela, el crédito obtenible mediante el contrato de leasing financiero debe tener como destino la promoción de inversiones para la adquisición de bienes de capital (equipos) modernos que son cada día más costosos, a efectos de contribuir al crecimiento económico de la economía, limitando así el desequilibrio de la Balanza Comercial y de Pagos, aproximando al país hacia una mayor capacitación competitiva en los mercados internacionales de bienes.

La internacionalidad del leasing financiero mobiliario imprime mayor complejidad a su contratación, que se refleja a través de la consideración de su régimen jurídico. En este sentido, surge, en primer lugar, la calificación del contrato como internacional en el caso concreto⁷. Al respecto —en el ámbito del Derecho Material Uniforme— cabe destacar los requisitos que, a tal efecto, están contenidos en la Convención de Unidroit sobre Leasing Financiero Internacional (Ottawa, 1988)⁸. En segundo lugar, la “complejidad” del contrato —producto de la fuerte interrelación económica y funcional causante de importantes incidencias— plantea problemas en la determinación del Derecho aplicable al fondo de las relaciones contractuales (*lex contractus*) que surgen entre las tres partes que intervienen en la operación de leasing financiero. En tercer lugar, se hace necesario el control de las Condiciones Generales de Contratación⁹ (en adelante: CGC) en base al Derecho que resulte aplicable a las diversas relaciones *inter partes* propias del Contrato de leasing financiero, dado su carácter adhesivo.

Estas razones permiten percibir la amplia posibilidad de encontrar problemas respecto de la normativa material concreta capaz de responder eficientemente a la validez contractual, debido a la escasa institucionalización normativa existente en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, es frecuente encontrar normas jurídicas que sólo regulan el funcionamiento de las instituciones dedicadas a financiar operaciones de leasing mobiliario internacional. En cuarto lugar, el “acuerdo de garantía real” —consustancial con la operación financiera— suscita un problema específico respecto de la determinación del Derecho aplicable que discipline la oponibilidad erga omnes de la propiedad mobiliaria¹⁰. Al respecto, cabe destacar la existencia de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias (CIDIP VI, 2002) y la Convención de Unidroit relativa a Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles

⁷ Vid. Capítulo 7, epígrafe 7.1.

⁸ Vid. Capítulo 8.

⁹ Vid. Capítulo 11(I).

¹⁰ Vid. Capítulo 4(L.E).

y su Protocolo sobre Aspectos Específicos de Equipos Aeronáuticos (Ciudad de Cabo, 2001). Ambos instrumentos son susceptibles de ser incorporados legalmente al sistema de fuentes normativas del DIPr venezolano.

Frente a los argumentos presentados aquí y la ausencia de un instrumento normativo pertinente surge la inquietud: ¿podrían ofrecer soluciones justas —en materia de Derecho aplicable— las normas internacionalmente convencionales vigentes en Venezuela (DIPr convencional) y, en su defecto, “las normas de Derecho Internacional Privado venezolano” (DIPr autónomo) respecto de casos sobre leasing financiero internacional.

La respuesta exige un conocimiento básico acerca de requerimientos legales y aspectos financieros relacionados con las operaciones de leasing internacional de bienes de capital o equipos, destinados a la actividad económica de producción. A tal efecto, en el desarrollo de este Trabajo —haciendo abstracción de la función formalizadora del Derecho respecto de la realidad de la vida económica— comenzamos por establecer “el origen y desarrollo del leasing financiero” (capítulo 1), enfatizando la importancia económica del crédito financiero garantizado en el comercio internacional; definiendo descriptivamente la Operación y precisando la denominación que indistintamente utilizamos aquí: “leasing financiero” o “arrendamiento financiero”. Avanzamos en el “análisis de la operación de leasing financiero” (capítulo 2) haciendo referencia a: las características de los sujetos que se interrelacionan en la Operación; la naturaleza de los bienes muebles que de ella son objeto; las etapas en las que se divide para una mejor comprensión de la mecánica operativa; las actividades que en ellas realizan las tres partes actuantes y los aspectos estructurales de la Operación. Tal análisis permite diferenciarla en base a las particularidades de algunas otras operaciones de financiamiento afines, (leasing operativo; *leaseback* y venta con reserva de dominio) para concluir en la clasificación de leasing financiero mobiliario internacional (capítulo 3).

Los intereses económicos y las transferencias patrimoniales inherentes al leasing financiero mobiliario internacional reclaman el tutelaje del Derecho mediante la figura del Contrato como traducción jurídica de una operación económica. En este sentido, es procedente comenzar analizando diversos aspectos contractuales de Derecho material interno desde sus perspectivas funcional y estructural, con fundamento en la Doctrina General del Contrato (capítulo 4). Este análisis nos conduce a una presentación instrumental del leasing financiero en diversos ordenamientos jurídicos, tanto de *common law* como de *civil law* (capítulo 5); con especial atención al desarrollo de la muy escasa normativa del arrendamiento financiero en el ordenamiento jurídico venezolano (capítulo 6). A este nivel de la investigación estamos en capacidad de enfrentar la problemática contractual del leasing financiero mobiliario (*equipment leasing transaction*), presentando los criterios que lo caracterizan como internacional (capítulo 7); recurriendo a las soluciones que nos pueda aportar el sistema de fuentes normativas del DIPr

venezolano, el Derecho comparado y, particularmente, el Derecho material uniforme (capítulo 8). Esto nos sitúa automáticamente ante la necesidad de determinar —en cada supuesto específico— el Derecho que resulte aplicable al contrato de leasing financiero internacional; bien sea atendiendo al sistema de fuentes normativas de DIPr (capítulo 7) o bien en virtud de la autonomía de las partes o autonomía conflictual (capítulos 9 y 10) y de la autonomía material (capítulo 11); tomando siempre en consideración las limitaciones impuestas al ejercicio de este principio director del Derecho contractual internacional (capítulo 12).

Afirmativamente, podemos concluir que la aplicación de la normativa del sistema de DIPr venezolano puede aportar, en principio, soluciones justas en materia de Derecho aplicable respecto de casos que versen sobre leasing financiero internacional de bienes muebles de capital. No obstante, se hace necesario disponer de una adecuada institucionalización normativa del Contrato que proporcione un tratamiento científico a los aspectos jurídicos de las relaciones contractuales derivadas en el caso concreto, de la operación financiera con la que Venezuela presente contactos externos. Hacia el logro de esta finalidad va dirigido el aporte de este Trabajo de Tesis.

Capítulo 1. Origen y desarrollo del leasing financiero

Comenzar el estudio de cada institución o figura jurídica con una breve introducción sobre antecedentes históricos es un uso un tanto desacreditado en estos días si se observa que, generalmente, los libros se limitan a dar una vasta enumeración de datos recogidos de manuales, elementales también, y sin verdadero valor científico. Sin embargo, de hecho puede advertirse que algunos prestigiosos autores recurren al conocimiento de las raíces de cierta figura jurídica para poder explicar algunas de sus características actuales y que sirvan también para decirnos el significado real de algunos prejuicios heredados cuya aceptación acrítica pueda dificultar su debida comprensión en el Derecho actual¹¹.

En cierta ocasión, Teilhard de Chardin escribió: “El pasado me ha revelado como está hecho el futuro”. Así, las instituciones, valores y conceptos jurídicos que se utilizan actualmente para disciplinar las diversas relaciones entre sujetos de Derecho (público o privado; interno o internacional) requieren —para su cabal comprensión— del conocimiento de sus raíces, de las causas que le dieron nacimiento y de las circunstancias que hayan influido en ella para caracterizarlas de la manera en que son concebidas en el presente, teniendo en cuenta que es en el siglo XX cuando por vez primera el Derecho se ha vuelto, en gran parte, una cuestión de

¹¹ De Castro y Bravo, Federico, El arbitraje y la nueva Lex mercatoria, en: *Anuario de Derecho Civil*, 1979, tomo 32, fascículo 4, pp. 619-725, esp. p. 624.

conveniencia práctica¹². Es decir, una empresa destinada a facilitar acuerdos de voluntades mediante la negociación de transacciones, la emisión de documentos (por ejemplo, instrumentos de crédito o escrituras de propiedad) y otros de naturaleza jurídica; asignando derechos y obligaciones, resolviendo conflictos y creando canales de cooperación.

Si es cierto que el retorno a los orígenes es de utilidad cuando se busca comprender las particularidades de una determinada institución jurídica, tal diligencia se impone de modo singular en el caso del leasing financiero (*financiamiento*); porque la operación financiera así denominada —cuya inserción en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista se ha realizado afrontando dificultades manifiestas— lleva la impronta del ordenamiento jurídico angloamericano donde nació. Al respecto, el profesor belga André Charlier expresó oportunamente que “cuando en su país de origen, el *leasing* se practica hoy de manera empírica subsuimiéndose aceptablemente en los moldes jurídicos antiguos, en nuestro continente hemos sentido la necesidad de conceder un acta de nacimiento a ese nuevo bastardo de la Economía y del Derecho”¹³. Pero el nacimiento del leasing financiero en el ámbito del *common law* y su posterior trasplante a los sistemas jurídicos de *civil law* han resultado de la necesidad de resolver los problemas que han surgido en el siglo XX como consecuencia del singular desarrollo de las estructuras económicas de los Estados, caracterizadas todas por el comercio como forma de vida económica de una sociedad moderna.

Toda actividad productiva nacional está relacionada fundamentalmente con la operación de compraventa, por lo que involucra la adquisición de bienes de capital y tecnología modernos para lograr mayor productividad que permita competir ventajosamente en los mercados internacionales; no sólo para competir libremente en los mercados internos. En palabras del economista y filósofo escocés Adam Smith (1723-1790) “una sociedad es una sociedad de mercado cuando todos sus habitantes son comerciantes (...) todo hombre se convierte de alguna manera en comerciante y la sociedad crece hasta llegar a ser lo que en propiedad hay que denominar la sociedad comercial”¹⁴.

Tal sociedad se enmarca dentro del “Nuevo Estado Industrial” que nos describiera John Kenneth Galbraith¹⁵, en cuyo desarrollo económico, la tecnología —aplicación sistemática del

¹² Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, (*Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983), México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 8. En este contexto, Ugo Mattei ha expresado también que “*Law has an important practical dimension*”. (Mattei, Ugo, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, p. 20).

¹³ Giovanoli, Mario, *Le credit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, Paris, Librairies Techniques, 1980.

¹⁴ Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica, 1958.

¹⁵ Kenneth Galbraith, John, *El Nuevo Estado Industrial*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1967.

conocimiento científico u otro conocimiento organizado a tareas prácticas¹⁶— se presenta como el punto de partida lógico al examinar el intrincado proceso de cambio en la infraestructura del tráfico económico que impone nuevas maneras al tráfico jurídico que puedan garantizar, a las empresas productivas, seguridad jurídica y previsibilidad de los resultados en sus eventuales controversias. Pero el desarrollo tecnológico que caracteriza a una economía moderna y, por ende “abierta”¹⁷ requiere que las empresas de países, con cualquier nivel de desarrollo económico, tengan acceso al “capital de inversión” que les permita estimular su crecimiento económico, cuya disponibilidad no es fácil para aquellos que lo requieren necesariamente a efectos de crear o expandir sus negocios¹⁸.

Esta necesidad conlleva a la demanda del crédito comercial como una de las fuentes de capital financiero destinado a la inversión productiva de las empresas, cuya disponibilidad y costo van en función del riesgo crediticio que han de afrontar las instituciones financieras. Así, la característica típica de la mayoría de las economías modernas es que son economías abiertas. Una economía abierta es una economía que tiene relaciones comerciales y financieras internacionales. El grado de apertura de una economía se puede aproximar relacionando su sector externo (el total de exportaciones) a su producto doméstico bruto denominada “arrendamiento o *leasing* financiero” en los ordenamientos de *civil law* ha originado que el neologismo “*leasing*” haya estado indiscutiblemente en boga después de muchos años en la jerga comercial de los países de tradición jurídica romanista. Luego, no resulta sorprendente que pueda prestarse a confusiones el uso abusivo de dicho término para designar algunas operaciones de “arrendamiento” o de “venta a plazos”.

Razonablemente, el profesor Claude Champaud expresó que “en los cuentos, el encanto depende de palabras mágicas, y la magia parece tanto más verosímil como incomprensibles sean sus palabras. Quizás, falte buscar en el carácter intraducible del término las razones que conducen, a veces, a tomar el *leasing* como un medio maravilloso para el desarrollo de las empresas”¹⁹. Pero el equívoco se agrava aún más por los diferentes sentidos que el término

¹⁶ *Ibidem*, pp. 28 y 37. En este contexto, el Prof. Joaquín Sánchez-Covisa, escribió que “cuando hablamos de técnica y de tecnología, pensamos ordinariamente en la técnica que se ha basado en el desarrollo de las ciencias físicas y naturales (...) Más es preciso observar que, desde el punto de vista económico, esto es, desde el punto de vista de la satisfacción de las necesidades de los pueblos, la significación primordial de la técnica es la de disminuir el grado de escasez de los recursos productivos disponibles (...) Gracias a la técnica los hombres pueden obtener más bienes y hacer más cosas de las que tienen apetencia vital” (Sánchez-Covisa, Joaquín, Técnica y Economía, en: *Economía, Mercado y Bienestar. Estudios Económicos. Selección y Ordenación Póstumas*, Caracas, C.A. La Electricidad de Caracas, 1974, pp. 63-68, especialmente p. 64).

¹⁷ “La característica típica de la mayoría de las economías modernas es que son economías abiertas (...) Una economía abierta es una economía que tiene relaciones comerciales y financieras internacionales. El grado de apertura de una economía se puede aproximar relacionando su sector externo (el total de exportaciones) a su producto doméstico bruto” (Rodner S., James-Otis, *Elementos de finanzas internacionales*, Caracas, Editorial Arte, 1997, pp. 80-81).

¹⁸ Cuming, Ronald, Model rules for lease financing: a possible complement to the Unidroit Convention on international Financial Leasing, en: *Uniform Law Review; Vol. III (1998 - 2/3)*, Rome, Unidroit, 2000, pp. 371-384, esp. p. 371.

¹⁹ Giovanoli, *Le Crédit-Bail...*, ob. cit. p. 9.

leasing tiene en los ordenamientos jurídicos de *common law* donde se usa para designar un amplio abanico de operaciones financieras en el que *financial leasing transaction of equipment* es tan solo una de ellas. Estas razones imponen la necesidad de conocer, en principio, cómo ha evolucionado el significado del vocablo *leasing* a partir del original *lease*; para luego comprender su desarrollo como operación financiera a partir del tradicional *real estate lease*. Antes es necesario precisar a cuál operación se hace referencia propiamente con la denominación “leasing financiero”.

I. Importancia económica del crédito financiero garantizado

Durante las últimas décadas del siglo XX se han producido, a nivel mundial, importantes modificaciones sobre diversos aspectos del comercio internacional. En este contexto es muy corriente hablar de “globalización”; es decir, extensión e intensificación de las actividades económicas a escala mundial. Este fenómeno exige que las empresas de todos los países puedan tener acceso a “bienes de capital” que pueden ser adquiridos bien sea mediante la inversión de sus ahorros o bien mediante la disponibilidad de créditos o de empréstitos. Cualquier limitación al acceso del crédito para invertir en bienes de capital va en detrimento al crecimiento económico, que se refleja finalmente en desaceleración del desarrollo económico nacional. Por esta razón, los Estados necesitan modernizar necesariamente los sistemas financieros privados (promoción de la iniciativa privada) para alcanzar la expansión de las operaciones de crédito, las cuales deben funcionar como un servicio dentro del complejo de relaciones económicas derivadas de la producción económica, del comercio y del consumo²⁰. Es decir, la producción y distribución de bienes y servicios finales a una escala globalmente competitiva requiere que los empresarios privados nacionales tengan acceso al crédito a un costo razonable que les permita obtener ganancias conducentes al incremento de su capacidad crediticia, al mismo tiempo que los riesgos asumidos por las instituciones de crédito tiendan a disminuir.

Partiendo de la situación que ocupan las instituciones de crédito en el marco de las relaciones económicas, se pueden diferenciar dos tipos de operaciones de crédito: “crédito operativo” y “crédito financiero”. El primer tipo de operación crediticia funciona subsidiariamente a una transacción económica principal. Por ejemplo, cuando los fabricantes o los proveedores de un bien de consumo final venden directamente a plazos. A tal efecto disponen de un instrumento operativo que financia sus ventas. Por su parte, los créditos financieros conforman la práctica de “intermediación financiera”, cuya finalidad específica es la concesión de “capital financiero” destinado a la inversión en una actividad económica. Estas operaciones han sido realizadas tradicionalmente por la Banca Universal y las denominadas “Instituciones

²⁰ Segurado Llorente, Juan Luis, *El Leasing*, Barcelona, Editorial DeVecchi, 1992, p. 17.

Financieras Especializadas”. Entre estas últimas se encuentran las Empresas de Leasing” o “Arrendadoras Financieras”.

En función del destino cierto que se da al “capital financiero” concedido, las operaciones de crédito han sido clasificadas como: “créditos para el consumo” y “créditos para la producción”. En los países calificados como “subdesarrollados” o “no industrializados”, esta última clase es destinada, casi exclusivamente, la inversión en costoso equipamiento de tecnología moderna a fin de posibilitar el incremento de la producción nacional para mejorar, en el tiempo, su Relación de Intercambio Internacional²¹. De esta manera se busca reducir las importaciones y el desequilibrio en la balanza comercial; es decir, el desequilibrio en la Balanza de Pagos Internacionales²², lo que ha contribuido, en la mayor parte de los casos, a crear un pesado endeudamiento en algunos de dichos países. Pero en las naciones que han alcanzado un alto nivel de desarrollo económico, los créditos para la producción van destinados, generalmente, a mantener y mejorar el estatus económico alcanzado. En tal situación, los créditos que pudieran solicitar no se destinan sólo para la producción sino que les interesaría aplicarlos también al consumo, a efectos de contribuir al mejoramiento del bienestar económico de la población. Así, el crédito para el consumo aseguraría tanto la venta normal de las mercancías producidas como también su incremento, evitando de ese modo la aparición del efecto conocido como “callejón sin salida” (*cul-de-sac*), que tiende a frenar y reducir su rendimiento²³.

Los créditos destinados a financiar la producción económica requieren de diversos tipos de garantías (reales o personales) que aseguren las acreencias insatisfechas por incumplimiento de las obligaciones contractuales que corresponden al cesionario del crédito. Las garantías reales (mobiliarias e inmobiliarias) se suelen establecer sobre los mismos bienes de capital adquiridos en “propiedad jurídica”²⁴ mediante el crédito otorgado. Es frecuente que las instituciones financieras especializadas concedan créditos para la producción a usuarios carentes de un récord crediticio si el riesgo implicado en la operación de crédito es cubierto, en parte al menos, por un derecho del acreedor sobre la propiedad del deudor. Tales “operaciones de crédito

²¹ “La noción elemental de la Relación de Intercambio Internacional puede ser expresada como la proporción que existe entre el promedio de precios de las exportaciones y el promedio de precios de las importaciones durante un período determinado” (Maza Zavala, Domingo F. y González, Antonio, *Tratado Moderno de Economía General*, Santo Domingo, Edic. Quisqueya, 1983, p. 441).

²² “La balanza de pagos, según definición del Fondo Monetario Internacional, es el registro contable sistemático de las transacciones que los residentes de un país efectúan con los residentes del resto del mundo durante un período determinado, generalmente un año (...) El componente principal de la balanza de pagos es la Balanza Comercial o Cuenta Corriente que registra la compra y venta de bienes y servicios —incluidos los servicios de factores de producción— de un país con el resto del mundo” (Maza Zavala y González, *Tratado Moderno...*, ob. cit, pp. 453-454).

²³ Voulgaris, Ioannis, Le Crédit-Bail (Leasing) et les Institutions Analogues en Droit International Prive, en: *Recueil des Cours*, 1996, Tome 259, pp. 319-412, esp. p.329.

²⁴ Con el término “propiedad jurídica” (distinto al término “propiedad económica”) se alude aquí, en virtud del artículo 115 de la *CRBV*, al derecho que toda persona tiene “(...) al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes (...)” (GORBV No. 5.453 Extraordinario de 24 de marzo de 2000).

garantizadas” (*Secured Financial Transactions*) no podrían existir dentro de un vacío legal causado por la ausencia de regulación en las codificaciones mercantiles y por la extraordinaria capacidad del sector financiero para el desarrollo de nuevas transacciones²⁵, por lo que las partes contratantes no tendrían acceso al control de las Condiciones Generales de Contratación²⁶. Esta situación ha dado lugar a la creación de diversas figuras jurídicas en los Derechos nacionales, dirigidos a facilitar la adquisición, en propiedad jurídica, tanto de bienes de capital para la producción económica como para el consumo. Son algunos ejemplos: “la venta a plazos con reserva de dominio”, “la hipoteca mobiliaria”, “la prenda sin desplazamiento de posesión”.

En tales figuras, la propiedad del deudor funciona como garantía real (colateral del crédito) proporcionando una alternativa al incumplimiento del pago, sujetando los bienes gravados al cumplimiento de la obligación garantizada. Sin embargo, la adquisición de bienes en propiedad jurídica no corresponde a las necesidades y circunstancias económicas actuales. En ciertos casos ella misma llega a ser desfavorable. En efecto, la adquisición en propiedad jurídica de bienes de equipo costosos (por ejemplo, maquinarias tecnológicamente modernas con posibilidad de rápida obsolescencia)²⁷ pueden afectar con frecuencia a una buena parte del capital de trabajo de la empresa compradora de ese tipo de bienes, conduciéndola a pagar un precio que no corresponde al valor de su duración económica y rentabilidad en el tiempo. Así, las empresas han caído en cuenta que, en ciertos casos, es preferible y más apropiado adquirir ese tipo de bienes solamente para utilizarlos y explotarlos en virtud de la función económica que les otorga la propiedad privada; es decir, en “propiedad económica”²⁸ en lugar de adquirirlos en plena propiedad jurídica. Son los casos en los que el bien pierde gradualmente su productividad, rentabilidad y su valor económico, a tal punto que a partir de un cierto momento dejan de contribuir eficazmente a la producción económica, perdiendo importancia como elemento constitutivo del patrimonio empresarial. Desde otra perspectiva, en sede del “Análisis Económico del Derecho” (*Law and Economics*) la figura del leasing financiero implica una respuesta económica

²⁵ Checa Martínez, M., Contratos bancarios, en: J. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 357-369, esp. p. 357.

²⁶ *Ibid.* Capítulo 11, epígrafe I(A).

²⁷ El autor norteamericano Alvin Toffler ha expresado que “*Each new machine or technique, in a sense, changes all existing machines and techniques, by permitting us to put them together into new combinations (...) The computer, for example, (...) became part of a configuration that in aggregate forms a single new super machine (...) Important new machines do more than suggest or compel changes in other machines (...) Technologically, novel industries (...) will produce sophisticated and highly expensive tools for working the sea-deep diving research crafts, electronic fish-herding equipment and the like. The rate of obsolescence will be swift. The competitive struggle will spur ever accelerating innovation*”. (Toffler, Alvin, *Future Shock*, New York, Random House, 1971, pp. 29 y 189).

²⁸ La noción de Propiedad Económica “*C'est une notion vague avec un contenu variable, qui se précise chaque fois par rapport à l'activité économique du preneur a laquelle le bien est affecté dont la durée dépend d'une activité all'autre et d'un preneur a l'autre. Cette durée peut également varier selon les circonstances qui accompagnent la même activité du même preneur; par exemple une prolongation de la demande des produits fabriqués par le bien crédit-baillé; ce qui explique que le preneur a une option pour le renouvellement du bail. Selon A. Nigra (Codice commentato del leasing. Milan, Pirola, 1992, pp. 57 ss.), il s'agit du pouvoir de gérer le bien (godimento)*” (Voulgaris, *Le crédit-bail...*, ob. cit., p. 337).

eficiente porque le permite al “Usuario” (la empresa productora) disfrutar del bien poseído sin ser, jurídicamente, propietario.

La industrialización y el propio dinamismo de la economía han creado la necesidad de disponer de una orden legal moderno que regule los diversos aspectos de las relaciones que puedan surgir en la realización de operaciones financieras garantizadas a nivel internacional²⁹. En tal sentido, cabe mencionar la tendencia del “Derecho Uniforme Internacional” hacia una elaboración de instrumentos legales sobre garantías mobiliarias que permitan dar fluidez al crédito internacional³⁰. Pero la complejidad y el alto costo de establecer y mantener un moderno régimen de financiamiento garantizado —particularmente aquellos en los cuales el registro de las transacciones financieras tiene carácter medular y prioritario— ha sido un problema que han tenido que afrontar las naciones en vías de desarrollo económico.

Además, es un hecho frecuente que los conceptos y estructuras propios de un régimen financiero garantizado moderno son extraños al sistema legal de algún país, por lo que no son entendidos muchas veces por los cedentes del crédito ni por sus consultores jurídicos. Esta situación contribuye a que sea improbable el uso generalizado de un régimen semejante en tales países aun por varios años, aunque se hayan logrado al respecto considerables progresos en las postrimerías del siglo XX mediante asistencia prestada a esas naciones en el desarrollo de una normativa financiera moderna³¹. Ante esta realidad, muchos países han fijado su atención sobre el leasing financiero como un medio de solventar la ausencia o insuficiencia de estructuras legales modernas sobre financiamiento garantizado. Pero en los países que disponen de sistemas legales eficientes sobre financiamiento garantizado existen razones de índole económica que contribuyen al desarrollo y expansión de esta operación.

²⁹ Un sistema de financiación garantizada moderno debe basarse, entre otros aspectos, sobre una presunción permisiva (lo que la ley no prohíbe expresamente, la ley lo autoriza) en lugar de una presunción restrictiva (lo que la ley no autoriza expresamente, la ley lo proscribire). (National Law Center for Inter-American Free Trade, *Armonización de la Legislación sobre Garantías Prendarias entre los Miembros del TLCAN, Enfoque en México*, en: Material de apoyo del Seminario sobre Tendencia en el Derecho Uniforme Internacional, hacia la elaboración de instrumentos de Garantías que permitan la fluidez del Crédito Internacional, dictado por el profesor Leonel Perezniato Castro, en el Centro de Estudios de Postgrado de la FCJPUCV, Caracas, Junio de 1999, p. 155).

³⁰ A tal efecto, cabe hacer referencia a: (1) la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* (CIDIP-VI); (2) el *Proyecto de Convención sobre Garantías Internacionales en Equipos Móviles* (UNIDROIT) y su *Proyecto de Protocolo sobre Aspectos Específicos relativos a Equipos Aeronáuticos*; (3) el *Proyecto de Convención sobre la Cesión de Créditos con Fines de Financiación* (CNUMDI); (4) la *Ley Modelo sobre Transacciones Garantizadas* (*Model Law on Secured Transactions*), publicada en 1994 por el Consejo General del European Bank for Reconstruction and Development.

³¹ Por ejemplo, el European Bank for Reconstruction and Development reporta que su *Model Law on Secured Transactions* “ha sido la base para recientes propuestas de reforma legal o de nueva legislación en Azerbaijan, Hungría, Kyrgystan, Latvia, Moldovia, la Federación Rusa y la República Slovaca. A través de esfuerzos del Banco Mundial, han sido preparados proyectos de normativas legales sobre financiamientos garantizados para Jordania y áreas del West Bank y Gaza gobernados por la Autoridad Nacional Palestina. Otras organizaciones tales como el National Law Center for Inter-American Free Trade y el Center for Economic Analysis of Law han preparado estudios que están siendo considerados como básicos para la reforma de normativas legales sobre financiamiento garantizado en Centro y Sur América” (Cumming, *Modern Rules...*, ob. cit., p. 372).

Así, el leasing financiero ha sido utilizado como un vehículo para estimular la adquisición de bienes de capital a través de normativas en materia tributaria, contribuyendo por lo tanto al incremento de la productividad manufacturera del país. Pero durante períodos de recesión económica, el leasing financiero puede operar estimulando la “producción de bienes de capital” (“bienes de producción producidos”). También puede operar como expediente a través del cual pueden disponerse de fuentes alternativas de financiamiento en un mercado crediticio excesivamente restrictivo u oligopólico. A menudo, la operación de leasing financiero puede ser acordada simplemente con más facilidad que un préstamo convencional para invertir económicamente. Además, el contrato que lo disciplina puede estructurarse fácilmente en función de las necesidades de flujo de caja del cesionario del bien³².

Resumiendo: el “leasing financiero” consiste en una operación de sustrato económico garantizada jurídicamente; realizada por medio de “instituciones financieras especializadas” (arrendadoras financieras o empresas de leasing) haciendo posible que el “usuario” (la empresa productora) pueda utilizar “bienes de capital” en condiciones de “propiedad económica” mientras que la institución financiera conserva la “propiedad jurídica” de dichos bienes en calidad de garantía real.

II. Descripción de la operación

Considerando la complejidad que el leasing financiero garantizado comporta, en principio partimos por considerar la posición sostenida por un importante sector de la doctrina española que acoge una propuesta descriptiva que nos permite precisar ciertos aspectos propios de esta operación financiera, sin pretender prejuzgar acerca de su naturaleza y contenido, a fin de evitar su asimilación con otras figuras jurídicas que le son afines. Al punto: “(...) por virtud del *leasing* quien desea disfrutar de un bien acude a una empresa —empresa de *leasing*— para que, adquiriéndolo a tal fin de su constructor o fabricante, le ceda su uso por todo el tiempo que se prevé tendrá de vida económica útil, a cambio de una contraprestación en dinero que el usuario paga fraccionadamente y que asciende al importe que la empresa de *leasing* satisfizo al fabricante, incrementando en los gastos e intereses del aplazamiento más el beneficio empresarial. Se reconoce al usuario la facultad de adquirir el dominio del bien pagando, al cumplirse el término previsto, el valor residual que corresponda”³³.

³² Cuming, *Modern Rules...*, ob. cit., p. 372.

³³ De la Cuesta Rute, José María, Reflexiones en torno al *leasing*, en: *Revista de Derecho Mercantil*, 1970, No. 18, pp. 533-619, esp. p. 533. En este contexto: Sánchez Lorenzo, Sixto. *Garantías reales en el Comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 203 ss.

A los mismos efectos de esta propuesta descriptiva, cabe expresar también la disposición contenida en el artículo 120 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2001³⁴ (en adelante: LGBOIF) que prescribe:

Se considera arrendamiento financiero la operación mediante la cual una arrendadora financiera adquiere un bien mueble o inmueble conforme a las especificaciones indicadas por el interesado, quien lo recibe para su uso, por un período determinado, a cambio de una contraprestación dineraria, que incluye amortización del precio, intereses, comisiones y recargos previstos en el contrato (...) En los contratos respectivos se establecerá que el arrendamiento puede optar, durante el transcurso o al vencimiento del mismo, por devolver el bien, sustituirlo por otro, renovar el contrato o adquirir el bien, de acuerdo con las estipulaciones contractuales. Los contratos y operaciones de arrendamiento financiero no se considerarán ventas a plazo, cuando en ellos se obligue a transmitir al arrendatario, en cualquier tiempo, la propiedad del bien arrendado (...).

A continuación, la norma contenida en el artículo 121 de la LGBOIF prescribe que “(...) El precio de venta, en caso de que ejerza la opción de compra al vencimiento del contrato, no podrá exceder del valor de rescate, el cual deberá fijarse en el contrato de arrendamiento financiero (...)”. En esta descripción legal ya se establece como vestidura jurídica de esta operación de financiación la de contrato mercantil del cual derivan tanto la facultad de uso del bien como la de opción para adquirir su dominio pleno al vencimiento del contrato; pues no hay que olvidar que el *leasing* es una operación que nace en el terreno de las actividades profesionales, comerciales e industriales³⁵ como un expediente financiero desde el punto de vista de la economía empresarial, puesto que permite la utilización —en la prosecución del beneficio del empresario— de unos medios materiales superiores a los recursos crematísticos propios que no debe confundirse con el marco contractual en el cual se concretan las obligaciones que asumen las partes individualmente. En tal sentido, no debe haber justificación alguna que pretenda confundir al *leasing* como operación financiera con el *leasing* como contrato regulador de dicha operación³⁶.

Sustancialmente, de ambas descripciones se puede derivar que la operación financiera denominada indistintamente *leasing* o arrendamiento³⁷ supone una serie de actividades encaminadas a satisfacer una concreta necesidad empresarial que consiste en la utilización de un

³⁴ La *Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras* fue reformada mediante Decreto con fuerza de Ley No. 1.526, dictado por la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, de 3 de noviembre de 2001, publicado en la *GORBI* No. 5.555 Extraordinario, de 13 de noviembre de 2001.

³⁵ Manzano Solano, Antonio, El Contrato de Leasing, en: *IV Encuentro de Derecho Civil: Las nuevas formas de contratación*. Vitoria-Gasteiz, Gobierno Vasco, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 125-166, especialmente p. 128.

³⁶ Illescas Ortiz, Rafael, El leasing: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato, en: *Revista de Derecho Mercantil*, 1971, No. 119, pp. 73-114, esp. p. 79.

³⁷ Esta es la denominación adoptada por el ordenamiento jurídico interno venezolano en el artículo 120 de la *LGBOIF*. En igual sentido, el artículo 19 del *Real Decreto-Ley 1511977, de 25 de febrero, sobre Medidas Fiscales, Financieras y de Inversión Pública* del ordenamiento jurídico interno español.

determinado bien de capital durante cierto tiempo por parte de un usuario que no posee o que no le es conveniente utilizar a tal efecto las disponibilidades líquidas equivalentes al precio de ese bien³⁸; o que simplemente haya renunciado a recurrir a otras operaciones de crédito financiero.

Para un observador superficial, la operación de leasing o arrendamiento financiero pudiera parecer un arrendamiento a tiempo determinado a menos que la mencionada “opción de compra” al vencimiento del contrato se ejerciera eventualmente, porque en la práctica se recurre frecuentemente a vocablos propios de la terminología que usualmente se emplean en los contratos de arrendamiento tradicional, cuya habitualidad ha sido tan extendida que ha dado origen a la difusión de ideas y expresiones que no han sido debidamente asimiladas. Pero la realidad económica es muy diferente. Un examen sobre la motivación económica de los sujetos que intervienen en la operación, sobre sus respectivas necesidades y sus prestaciones recíprocas hacen manifiesta la pura vocación financiera de la operación.

Así, para el usuario o *lessor* la Operación no tiene por objeto la obtención del goce más o menos prolongado de un bien ofertado en el mercado arrendaticio tradicional sino que representa un medio financiero alternativo que le permite disponer de un factor necesario para su actividad productiva; fundamentándose invariablemente en que la riqueza económica³⁹ se genera no por la propiedad jurídica de bienes de capital sino por su productividad. Por otra parte, para la empresa de leasing o *lessor* la operación es “una operación de crédito, a mediano o largo plazo, garantizado por un derecho crédito, a mediano o largo plazo, garantizado por un derecho de propiedad”⁴⁰ porque ella solamente invierte sus fondos en la operación sin asumir riesgo alguno que no sea el derivado de la insolvencia del Usuario que está garantizada por la propiedad jurídica sobre el bien.

III. Polisemia del término *leasing*: necesidad de precisarlo

“La equivocidad, esto es, el empleo de los términos o de las expresiones en sentido distintos es una vez más uno de los graves peligros de la ciencia del Derecho”⁴¹. Oportunamente, el profesor Joaquín Sánchez-Covisa expresó que “la súbita proliferación de conocimientos,

³⁸ Illescas Ortiz, El leasing... ob. cit., pp. 73-74.

³⁹ Se atribuye a Aristóteles la máxima “La riqueza consiste más bien en el uso que en la propiedad de las cosas”. En este contexto, podemos citar al revolucionario economista británico John Maynard Keynes, quien en su obra *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero* sostiene que la inversión, que no tiene una relación determinada a priori con la propensión al consumo (o alternativamente con la propensión al ahorro) depende de otros factores entre los que se cuentan los costos de los nuevos bienes de capital y los rendimientos brutos que se esperan de los mismos durante su vida útil. (Keynes, John Maynard, *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, 15ª reimpresión, pp. 62 - 65).

⁴⁰ Giovanoli, Mario, *Le crédit-bail* ... ob. cit., p. 21.

⁴¹ Luis Díez-Picazo, Luis, El concepto de causa en el negocio jurídico, en: *Anuario de Derecho Civil, Tomo 16*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1963, pp. 3-32, esp. p. 24.

actividades y profesiones referentes al hombre y a la sociedad (...) ha difundido técnicas, ideas y expresiones que no han sido debidamente asimiladas. Se confunden las palabras con las cosas (...) eso no niega obviamente la necesidad de recurrir a una terminología rigurosa (...) en el análisis científico de la realidad”⁴². Al respecto, el profesor Eugenio Hernández-Bretón ha escrito que “todo trabajo de investigación científica en el campo jurídico demanda para su correcta comprensión conceptual que la terminología o denominaciones que se empleen durante el proceso investigativo sean precisas e inequívocas, a fin de evitar malentendidos que puedan conducir a interpretaciones erradas en relación con la naturaleza y los diversos aspectos esenciales de una determinada institución”⁴³.

La locución *leasing* —derivada del vocablo inglés *lease*⁴⁴ que designa un arrendamiento inmobiliario a largo plazo, creado inicialmente en el Derecho inglés⁴⁵— se inscribe en el grupo de numerosas expresiones angloamericanas (*factoring, franchising, join venture, etc.*) que forman parte de la jerga económica internacional. Es utilizada para denominar un instrumento de financiación de bienes que tiene en el Comercio una significación precisa relacionada con la disociación “propiedad-uso” prevista para el aprovechamiento de los bienes adquiridos financieramente sin la adquisición del dominio. Aunque este aspecto es denominador común a otras figuras financieras afines que utilizan de manera impropia el vocablo *leasing* (*leasing operativo, lease-back, etc.*), ha sido necesario agregarle el calificativo “financiero”, incurriendo así en una genuina redundancia motivada por el purismo terminológico, tal vez para evitar caer en perspectivas erróneas que puedan reconducir a la unificación estructural del *leasing*

⁴² Sánchez-Covisa, Joaquín, Economía y Reforma de Estructuras, en: *Economía, Mercado y Bienestar. Estudios económicos, Selección y Ordenación póstumas*, Caracas, C. A. La Electricidad de Caracas, 1974, pp. 363-368, esp. p. 365.

⁴³ Eugenio Hernández-Bretón, Eugenio, Contratación internacional y autonomía de las partes: anotaciones comparativas, en: *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, 1995, No. 12, pp. 15-94, esp. p. 29.

⁴⁴ “lease: 1: a contract by which one conveys lands, tenements, or hereditaments for life, for a term of years, or at will or for any less interest than that of the lessor, usu, for a specified rent or compensation (...) to grant or convey to another by lease (...)” (Vid. Webster’s: Third New International Dictionary of the English Language Unabridged; G & C Merriam Co., Phillipines, 1971). Sin embargo, el término *lease*, de origen francés, conocido en esta forma desde 1450, está efectivamente relacionado con la voz /ais del francés antiguo, derivada del verbo *laisser* (dejar//abandonar, olvidar) que procede del latín *laxare* (ceder, abandonar), con una significación jurídica diferente en francés antes de ser suplantada por *legs* (legado) por contaminación de *léguer* (legar). El verbo *to lease* significa en principio ceder en *lease* (muy raramente tomar en *lease*) y el derivado *leasing* designa la acción de ceder o de tomar en *lease*, o más generalmente, la práctica de *lease* (Vid. Giovanoli, *Le Crédit-Bail* ..., ob. cit., p. 78).

⁴⁵ En el Derecho inglés antiguo, el *lease* era considerado como un contrato creador de obligaciones puramente personales. El término *lease*, designa, originalmente, una institución tradicional del Derecho Predial (*Land Law o Droit Foncier*) anglo-americano: la transferencia convencional de derechos reales inmobiliarios (*conveyance*) del *lessor* o *landlord* en beneficio del *lessee* o *tenant*, por una duración determinada y normalmente contra el pago de una renta. Puede caracterizarse como un verdadero desmembramiento de la propiedad en el tiempo. En efecto, el *lessee* adquiere un derecho a la posesión exclusiva del inmueble durante el tiempo convenido en tanto que el *lessor* no conserva sino el derecho a la devolución del inmueble al expirar el *lease*, derecho denominado reversión, además negociable. (Vid. Giovanoli, *Le Crédit-Bail*.... ob. cit., pp. 78- 80).

propriadamente dicho con las otras figuras que le son afines⁴⁶ y, además, captar la naturaleza efectiva y el aspecto teleológico de la operación financiera que nos ocupa aquí.

La polisemia del término *leasing* ha sido causa de confusión terminológica derivada de la afición generalizada a usar expresiones de origen angloamericanas por sus efectos publicitarios en el ramo de la mercadotecnia tanto en los países de habla inglesa como en los de habla hispana. Mientras que en Estados Unidos de América el término *lease* designa un abanico de transacciones entre las cuales el denominado “*finance lease*” corresponde precisamente con la definición española de arrendamiento financiero descrita *supra*. En los países de tradición jurídica romanista el calificativo “financiero” pretende destacar la propia función de financiación que ciertamente cumple la figura en estudio⁴⁷.

En Venezuela se ha preferido usar oficialmente la denominación española “arrendamiento financiero” tal como aparece caracterizada en el artículo 120 de la LGBOIF; aunque en el tráfico económico internacional se prefiera usar el vocablo sajón “*leasing*” dada su precisa comprensión idiomática que le imprime a la compleja operación financiera que es objeto de este Trabajo. Sin embargo, todavía persiste un desacuerdo doctrinario sobre su calificación en la doctrina jurídica aunque en el ámbito de su análisis económico sea prácticamente pacífica. Cabe entonces señalar a continuación las expresiones idiomáticas utilizadas en diversos ordenamientos nacionales que hacen referencia a la operación que responde a la misma realidad económica: (a) En Venezuela: Arrendamiento Financiero (artículo 120 LGBOIF); (b) En España: Arrendamiento Financiero (artículo 19 del Real Decreto Ley 15/1977 sobre Medidas Fiscales, Financieras y de Inversión Pública; BOE 28-11-77)⁴⁸. No obstante, suele utilizarse la expresión “leasing financiero” en oposición al denominado “leasing operativo”; (c) En Estados Unidos de América: “*finance lease*”⁴⁹; (d) En Francia: “*credit-bail*” (artículo 1º de la Ley No. 66-455 relativa a Empresas que practican el Leasing, la cual fue reformada parcialmente por la Ordenanza No. 67-837 relativa a las Operaciones de Leasing y a las Sociedades Inmobiliarias para el Comercio y la Industria; (e) En Bélgica: “*location financement*”; (f) En Italia: “*locazione finanziaria*”.

⁴⁶ De la Cuesta Rute, Reflexiones..., ob. cit., p. 536. En el mismo contexto, Corporación Financiera Hispamer: Diccionario Jurídico del Leasing, Madrid, 1ª edición. Editorial Civitas, 1ª edición, 1991, p. 90. “La denominación de leasing financiero... no es sino una forma un tanto confusa de calificar lo que sin más apelativos, o en la terminología oficial española, se llama arrendamiento financiero”.

⁴⁷ Buonocore, Vincenzo, La locación financiera en el ordenamiento italiano, en: El Leasing, aspectos privatísticos y tributarios. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1995, pp.15-120, especialmente pp. 15- 16.

⁴⁸ Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario Jurídico del Leasing*..., ob. cit. p. 90.

⁴⁹ ALI & CCUSL: Uniform Commercial Code (Official Text and Comments), New York. Gould Pub. 1990, p. 168-169.

Un ejemplo que permite ilustrar el equívoco doctrinario al que ha conducido la polisemia otorgada al vocablo *leasing* lo encontramos en las conclusiones expresadas por un importante autor colombiano:

(...) el *leasing* no es un contrato de arrendamiento financiero, puesto que la expresión se sale de lo que natural y tradicionalmente en el estamento jurídico ha sido un contrato de arrendamiento (...) si lo que se pretende con la operación es el financiamiento de bienes de capital y lo que desembolsa la compañía de *leasing* (...) es dinero (...) a cambio de equipos de capital que financiará a su cliente (...) que dicho cliente devolverá gradualmente es dinero (...) mal puede denominarse a la operación arrendamiento financiero, pues es claro que para que exista el contrato de arrendamiento el objeto de éste no puede ser fungible y el dinero esencialmente lo es⁵⁰.

Sin embargo, la doctrina venezolana de mayor competencia ha precisado muy favorablemente la utilización terminológica del vocablo *leasing* al expresar que “La época contemporánea se caracteriza: (a) por el incremento de la contratación internacional, especialmente por el surgimiento de novedosos contratos como son, entre otros, el de arrendamiento financiero (*leasing*) (...) (b) por el lugar preponderante logrado por los contratos por adhesión (...) debido a la proliferación de (...) cláusulas generales de contratación o contratos tipos (...)”⁵¹.

IV. Perspectiva internacional del leasing financiero

La evolución y expansión experimentado por el *leasing* ha desbordado los límites soberanos de los Estados. Particularmente, el “leasing financiero mobiliario” plantea una diversidad de interesantes problemas de tráfico externo aunque la mecánica de la operación sea básicamente la misma que en el tráfico interno. En una primera aproximación podría considerarse como “internacional” toda operación de *leasing* en la que la relación tripartita que la caracteriza tenga vinculación con una pluralidad de ordenamientos jurídicos extranjeros espacialmente divergentes. Un supuesto típico se presenta cuando el Proveedor del bien mueble se encuentra en un Estado “A” y dicho bien debe ser desplazado a otro Estado “B” donde el Usuario (*lessee*) lo utilizará en calidad de “propiedad económica”, porque la Institución financiera (*lessor*) ha de mantener la propiedad jurídica del bien por haber pagado al Proveedor el precio convenido en un “acuerdo internacional de suministro” siempre que el *lessor* no se encuentre establecido en el Estado “A”.

Por otra parte, la internacionalidad del “acuerdo de *leasing* o arrendamiento” se configura cuando el *lessor* se encuentra establecido en un país diferente al “A”. Luego, la sola

⁵⁰ Salcedo Flórez, Alvaro, *El leasing y los contratos nominados*, Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1989, pp. 115-116.

⁵¹ Romero, Fabiola, El Derecho Aplicable al Contrato Internacional, en: *Derecho Internacional Privado. Guía y materiales para su estudio por Libre Escolaridad*, Caracas, FCJPUCV, 1997, pp. 624-635, esp. p. 624.

internacionalidad de alguno de estos convenios permite configurar la operación de “leasing internacional”, cuyo capítulo más interesante es conocido como “*cross border leasing*” dado su mayor complejidad⁵² por vincularse con una pluralidad de ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes y espacialmente divergentes. Al respecto, el desplazamiento territorial internacional bienes muebles puede acarrear el planteamiento del denominado “conflicto móvil” en el DIPr relacionado con la aplicación del Derecho aplicable a las relaciones reales, por ejemplo, a las garantías mobiliarias sin desposesión; o los problemas que pudieran surgir en materia fiscal relativos a la doble imposición; como también en materia financiera internacional.

El aseguramiento contra la eventual ocurrencia de estos y otros tipos de problemas derivan en un mayor costo operativo del leasing mobiliario internacional, lo que permite justificar su implementación a bienes de capital importantes tales como buques, aeronaves y plataformas de perforación para la prospección y explotación petrolera en alta mar, por lo que ha surgido la necesidad generar reglas uniformes aplicables a las operaciones internacionales de financiación garantizadas como las contenidas en la Convención de Unidroit relativo a Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles (*Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment*) y su Protocolo sobre Aspectos Específicos de Equipos Aeronáuticos y su Protocolo sobre Aspectos Específicos de Equipos Aeronáuticos (*Protocol to the Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Aircraft Equipment*)⁵³ y la *Convención sobre Leasing Financiero Internacional*, Ottawa 1988 (en adelante: *CULFI*).

Otra interesante faceta que muestra el ámbito internacional del leasing financiero tiene que ver con las condiciones privilegiadas que ofrece esta figura para “la comparación de los diferentes sistemas jurídicos del mundo”⁵⁴ (método de Derecho Comparado) lo que permite apreciar el fenómeno de implantación de una institución típica del Derecho anglosajón en los diversos ordenamientos jurídicos espacialmente divergentes de Derecho continental. Por ejemplo, la distinción categórica (problema de calificaciones jurídicas) del *leasing* en el Derecho norteamericano contenida en el *Uniform Commercial Code* (en adelante: *UCC*); entre los ordenamientos jurídicos de Francia y España; las calificaciones autónomas en instrumentos de Derecho uniforme de *Unidroit* contenidas en la *CULFI* y en la *Convención relativa a Garantías sobre Equipos Móviles* (en adelante: *CUGIEM*)⁵⁵ y su *Protocolo* (en adelante: *CUGIP*).

⁵² En este sentido, Sánchez Jiménez, María A., El contrato de Leasing, en: A. Calvo Caravaca y L. de la Gándara (coord.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, pp. 933-978, esp. p.936.

⁵³ La Conferencia Diplomática destinada a la adopción de esta Convención y su Protocolo, fue celebrada en la ciudad sudafricana de Cape Town, en el periodo comprendido entre el 28 de octubre y el 16 de noviembre de 2001; por invitación del gobierno de South África. Esta Conferencia fue auspiciada conjuntamente por el *International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit)* y la *International Civil Aviation Organization*.

⁵⁴ Zweigert, Konrad y Kotz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 2nd revised edition, p. 4.

⁵⁵ Artículo 1 *CUGIEM*: “In this Convention the following words are employed with the meaning set out below (...) ‘leasing agreement’ means an agreement by which one person (the lessor) grants a right to possession or control of an object (with or without an

Capítulo 2. Análisis de la operación de leasing financiero

Esta operación supone una serie de actuaciones encaminadas a satisfacer una concreta necesidad empresarial. Como tal, conviene diferenciarla del contrato que las disciplina, del cual surgen derechos y obligaciones para cada una de las partes que participan en ella. Pero antes de abordar los aspectos contractuales del leasing financiero internacional es necesario conocer previamente los diversos elementos referidos en la “Descripción de la operación” (capítulo 1 *supra*).

I. Sujetos que participan en la operación

La participación de los tres sujetos en la operación de leasing financiero antes descrita es el aspecto que ha dado lugar a su caracterización como negocio trilateral o relación triangular.⁵⁶ Tal carácter permite diferenciarlo, en principio, de otras figuras que le son afines; por ejemplo el “leasing operativo” (*operating leasing*) y el “lease-back” (*sale and lease back*). Esos tres sujetos son los siguientes: (1º) el cesionario del bien o usuario quien en la *LGBOIF* recibe las denominaciones de “interesado”⁵⁷ y de “arrendatario”⁵⁸ según se encuentre la operación en la “etapa precontractual” o en la “etapa contractual” respectivamente; (2º) la empresa de leasing o Arrendadora financiera⁵⁹; y (3º) el Proveedor del bien de equipo que ha de ser el objeto en la operación de arrendamiento financiero.

A. El usuario o arrendatario financiero

Este es el sujeto cesionario en la operación, destinado a poseer un bien de capital propiedad económica por haber adquirido convencionalmente la facultad de utilizarlo en el curso normal de su actividad productiva. Generalmente es una unidad económica de producción que está interesada en recurrir al leasing o arrendamiento financiero para procurarse la posibilidad de utilizar dicho bien en función de su productividad económica y razonable integración con los otros factores productivos que son solamente de su conocimiento. En la práctica, es quien establece las especificaciones técnicas del bien y discute las condiciones de su adquisición directamente con el Proveedor. Por lo tanto, es quien toma la iniciativa de la inversión económica antes de seleccionar la forma de financiación y, a fortiori, la Arrendadora a la que se dirigirá⁶⁰.

option to purchase) to another person (the lessee) in turn for a rental or other payment (...). Cabe precisar que esta Convención aplica exclusivamente a una categoría de bienes muebles calificada de manera autónoma como *mobile equipment* (“equipos móviles”).

⁵⁶ Voulgaris. *Le Crédit-Bail ...*, ob. cit., p. 337.

⁵⁷ *Id.* párrafo primero del artículo 120 de la *LGBOIF*.

⁵⁸ *Id.* párrafo segundo del artículo 120 de la *LGBOIF*.

⁵⁹ Denominación receptada en los artículos 2, 117 y 120 de la *LGBOIF*.

⁶⁰ Coillot, Jacques, *El leasing*, Madrid, Editorial Mapfre, 1979, 4ª edición, pp. 130-131.

B. La arrendadora o empresa de leasing

Este es el sujeto con vocación financiera cedente del Bien de Capital en propiedad económica, por lo que no es corriente que sea su propietario jurídico al momento de celebrarse el Convenio de Leasing con el Usuario. En virtud de la LGBOIF, esta empresa es una “institución financiera especializada”⁶¹ que tiene como objeto realizar habitual y regularmente operaciones de arrendamiento financiero según las cuales esta Institución adquiere un bien mueble o inmueble conforme a las especificaciones establecidas por “el interesado quien lo recibe para su uso para su uso por un período determinado”, en virtud del artículo 120 de la LGBOIF. Esta Ley requiere que la Arrendadora financiera esté constituida bajo la exclusiva forma de Compañía Anónima —además de otros requisitos legales— para que puedan obtener la autorización de funcionamiento⁶². Cabe destacar que en virtud del artículo 74 de la LGBOIF, los Bancos Universales también pueden realizar operaciones de arrendamiento financiero. Así vemos como el estatuto de las arrendadoras financieras ha sido elaborado en el marco de las instituciones bancarias. Cabe señalar aquí la doble contratación que celebra la arrendadora financiera durante la operación: el Convenio de Leasing” con el Usuario y el Convenio de Suministro” con el Proveedor.

C. El proveedor o fabricante

Este sujeto en la operación es quien adquiere de la Arrendadora financiera un bien de capital mediante el convenio de suministro conforme a las especificaciones indicadas expresamente por el Usuario; sólo después de perfeccionarse el convenio de leasing entre la Arrendadora y el Usuario. Es usual, aunque no obligatorio, que en las especificaciones dadas por el Usuario se indique claramente la identidad del Proveedor a fin de que la empresa arrendadora pueda exonerarse de responsabilidad por la ocurrencia cualquier problema que pudiera surgir entre Usuario y Proveedor relativo a la idoneidad y condiciones del bien o el incumplimiento espacial o temporal de su entrega. Igualmente, la elección del Proveedor hecha por el Usuario sirve de fundamento a la subrogación en favor de este último de los derechos que como comprador del bien corresponden a la arrendadora financiera en virtud del acuerdo de suministro, lo que hace resaltar el carácter financiero de la operación. Finalmente, cabe destacar el carácter de empresa mercantil que debe revestir al proveedor o fabricante del bien, tanto por su

⁶¹ *Vid.* encabezamiento del Capítulo V de la LGBOIF: De los Bancos, Entidades de Ahorro y Préstamo, Otras Instituciones Financieras Especializadas, Casas de Cambio y Operadores Cambiarios Fronterizos. También, La Sección Séptima del Capítulo V *eiusdem*: De las Arrendadoras Financieras.

⁶² En idéntico sentido: el artículo 117 de la *LGBOIF* y el numeral primero del artículo 22 del *Real Decreto Ley, español 15/1977*, de 25 de febrero (BOE. 28-11-77). Igualmente, del artículo 2º de la Ley francesa No. 66-455 de 2 de julio de 1966 relativa a las Empresas que Practican el Leasing, parece deducirse el mismo carácter de empresario mercantil al someterlas a las normas relativas a la reglamentación y organización de la profesión de banquero, así como a las decisiones emanadas del Conseil National du Crédit.

constitución como Sociedad Anónima como por el género de su actividad preponderante. Al punto, cuando el objeto de la operación de arrendamiento financiero es un bien inmueble, suele utilizarse el término “vendedor”.

II. Los bienes que son objeto de leasing financiero

Desde el punto de vista iuscivilista las cosas que pueden ser objeto de arrendamiento financiero se clasifican en bienes muebles y bienes inmuebles. Esta clasificación constituye la *suma divisio rerum* en los ordenamientos jurídicos francés⁶³ e italiano⁶⁴ por cuanto comprende todos los bienes. En el Derecho civil venezolano, “las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes muebles e inmuebles”⁶⁵. Sin embargo, tal clasificación no parece ser suficiente a efectos de categorizar los bienes que pueden ser objeto, idóneamente, de leasing financiero si atendemos al aspecto teleológico de esta operación; porque una eficiente comprensión del Derecho de bienes requiere no perder de vista la perspectiva económica que considera que un bien no es una cosa considerada por sí misma sino en virtud del derecho que se puede ejercer sobre esa cosa⁶⁶.

En este sentido, cabe tener en cuenta el recurso al “derecho a la propiedad” que toda persona puede ejercer constitucionalmente con el fin de potenciar los derechos *in rem* de la empresa de leasing sobre los “bienes estáticos” (equipos industriales)⁶⁷. La mencionada *divisio rerum* no ha estado exenta de fundadas críticas de las que se puede derivar el intento de ser sustituida por otras clasificaciones más acordes con las valoraciones económicas de la sociedad actual⁶⁸. Luego, el principal problema se centra en torno a una calificación de los bienes por su destino económico; sean dirigidos a la actividad productiva o para el consumo⁶⁹, por lo que la ciencia económica hace la distinción entre “bienes de producción o de capital” y “bienes de consumo”. Según este criterio, son bienes de consumo los destinados a la satisfacción directa e inmediata de necesidades humanas, mientras que los bienes de capital se incorporan a procesos productivos y son fuente de riqueza económica duradera. Pero la validez económica de la

⁶³ Kummerow, Gert, *Compendio e Bienes y derechos reales*, Caracas, Paredes Editores, 1990, p. 93.

⁶⁴ Egaña, Simón Manuel, *Bienes y derechos reales*, Madrid, T.C. Escelicer, 1964, p.85.

⁶⁵ *Vid.* artículo 525 del *CCV*.

⁶⁶ Coillot, *El Leasing...*, ob. cit., p. 27.

⁶⁷ Sánchez Lorenzo, *Garantías Reales...*, ob. cit., p. 25. Este autor expone la diferenciación entre “bienes estáticos” (*i.e.* equipos industriales) y “bienes dinámicos” (*i.e.* materias primas) a efectos de explicar la extensión de nuevos derechos reales de garantía mobiliaria hacia éstos últimos.

⁶⁸ Amorós Guardiola, Manuel, La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de buena fe, en: *Anuario de Derecho Civil*, 1972, tomo 25, pp. 189-263, esp. p. 191.

⁶⁹ De la Cuesta Rute, *Reflexiones...*, ob. cit. p.552.

summa divisio hay que pensarla no en el carácter físico de la movilidad de los bienes sino en otros datos de naturaleza jurídico-económica e instrumental⁷⁰.

Además de su natural carácter de poder “cambiar de lugar, bien por sí mismos o movidos por una fuerza exterior” (artículo 532 del CCV), los bienes pueden ser inmuebles o muebles “por el objeto a que se refieren” (artículos 526 y 531 del CCV, respectivamente). En este sentido, los bienes que pueden ser objeto de leasing o arrendamiento financiero han de ser muebles o inmuebles destinados a la producción económica.

A. Bienes muebles de producción o de capital

De esta categoría forman parte de los denominados “recursos materiales o de capital” que junto a los “recursos naturales” y los “recursos humanos” conforman los denominados “factores de la producción”. Pero no todos los bienes muebles destinados a la producción económica son idóneos para ser objeto de una operación de arrendamiento financiero. Al respecto, existen recursos materiales “muebles por el objeto a que se refieren” muy importantes que se consumen durante algún proceso de producción. Son ejemplo los productos derivados del petróleo (bienes naturales de producción producidos). Pero con la denominación “bienes de capital” se hace referencia a “los bienes de producción fabricados por el hombre con el propósito de dedicarlos a la producción de otros bienes o servicios como: maquinaria y otros implementos de producción”⁷¹.

En consecuencia, los bienes muebles que pueden ser objeto de una operación de leasing financiero son los denominados “bienes muebles de producción o de capital”, designados también con la más utilizada expresión “bienes de equipo” en contraposición, por una parte, a bienes inmuebles de producción o de capital y, por otra parte, las mercaderías y materias primas⁷². Los bienes muebles caracterizados económicamente como “bienes de equipo” constituyen el típico objeto de las operaciones de leasing por ser bienes corporales individualizables, no consumibles, destinados a la producción económica, propensos a desgaste por el uso rentable o a rápida obsolescencia tecnológica. Cabe puntualizar que estos bienes no tienen que ser fabricados en serie ni pertenecer a terceros al momento de celebrar el convenio de leasing. De estas particularidades se puede derivar una diferencia adicional con otras figuras afines al leasing financiero como son el “leasing operativo” y el “renting”⁷³.

En el Derecho español, el primer ordinal del artículo 20 del Real Decreto Ley 15/1977 dispone que “Los bienes objeto de las operaciones de arrendamiento financiero han de quedar

⁷⁰ Amorós Guardiola, La protección al comprador... ob. cit., p.192.

⁷¹ Maza Zavala y González, *Tratado moderno...* ob. cit., p. 12.

⁷² Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario...*, ob. cit., p.41.

⁷³ De la Cuesta Rute, *Reflexiones...*, ob. cit., p. 554.

afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales de servicios o profesionales⁷⁴. En el Derecho francés, el artículo 1 de la Ley 66-455 y el artículo 1.1 de la Ordenanza 67-837 contemplan *les biens d'équipement* como supuesto objetivo de la operación de *crédit-bail*⁷⁵.

B. Bienes inmuebles

Por la naturaleza de su objeto, el leasing inmobiliario presenta particularidades de las que se derivan ciertos problemas cuyas soluciones no pueden ser generalizadas si tenemos en cuenta que la operación de *leasing* fue concebida originalmente en relación con los bienes calificados como muebles. Sólo por analogía pudiera hablarse de “valor residual” o de “vida útil” de un inmueble que son conceptos fundamentales en el leasing mobiliario⁷⁶, porque al tener un inmueble una situación fija es posible conocer ciertos antecedentes, entre otros, registrales, fiscales y urbanístico que son propios de la propiedad inmobiliaria, por lo que el bien pudiera ser gravado con una garantía que no despoje al deudor de su propiedad inscrita en la oficina de registro correspondiente sin que haya lugar a que alguien pueda alegar ignorancia del dominio⁷⁷. Luego, las técnicas ideadas para realizar operaciones de arrendamiento financiero inmobiliario son múltiples y complejas. Por una parte, los terrenos no son amortizables y la amortización de las construcciones o edificios es mucho más lenta que la de equipos o maquinarias. Por otra parte, la devaluación monetaria y la valorización del terreno tienen gran incidencia sobre la economía del contrato⁷⁸.

Algunos autores venezolanos han sostenido posiciones distintas en cuanto a los bienes inmuebles que puedan ser objeto de arrendamiento financiero en base a la categorización legal establecida en el artículo 526 del CCV: “por su naturaleza, por su destinación o por el objeto a que se refieren”. Al respecto, un sector de la doctrina venezolana ha sostenido en cierta oportunidad que toda clase de inmuebles pudiera ser objeto de arrendamiento financiero⁷⁹; pero si se piensa un poco sobre la naturaleza del contrato, pareciera que solamente “los bienes inmuebles por su naturaleza” pueden ser objeto de arrendamiento financiero inmobiliario. Sin embargo, en Venezuela es posible también celebrar contratos de arrendamiento financiero inmobiliario sobre los bienes inmuebles por su “por su destinación”⁸⁰.

⁷⁴ Segurado Llorente, *El Leasing...*, ob. cit., pp. 159-160.

⁷⁵ Coillot, *El Leasing...*, ob. cit., pp. 249 y 254.

⁷⁶ Lavallo Cobo, Jorge y Pinto, Carlos. *Leasing mobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 3.

⁷⁷ Coillot, *El Leasing...* ob. cit., p. 28.

⁷⁸ Balza Navarro, Eduardo, Arrendamiento Financiero Inmobiliario, en: *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB*, 1991, No. 43, pp. 27-43, esp. p. 33.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 35-36.

En España, el Real Decreto 1669/1980 (BOE-A-1980-18587) incluye el arrendamiento financiero inmobiliario al disponer en su artículo primero que las Empresas de Arrendamiento Financiero “podrán extender su actividad (...) sobre bienes inmuebles, los cuales sean objeto de tráfico empresarial habitual. Tales bienes deberán quedar afectados por el usuario exclusivamente a fines agrarios, industriales, comerciales, de servicios o profesionales durante toda la vigencia del contrato (...)”. En consecuencia, se excluyen expresamente los inmuebles destinados a vivienda o que no sean necesarios para el ejercicio de los fines señalados anteriormente⁸¹. En Francia, la Ley 66-455 de 1966 relativa a las empresas que practican el *crédit-bail*⁸² contempla en su artículo primero el supuesto específico sobre arrendamiento financiero de *biens immobiliers á usage professionnel*. Este régimen fue revisado mediante la Ordenanza 67-837 de 1967 en virtud de que “las disposiciones que definen las operaciones de leasing inmobiliario eran insuficientemente precisas y se aplicaban difícilmente a las nuevas técnicas de intervención utilizando preferiblemente el arriendo de construcción o el censo enfiteútico”⁸³.

III. Etapas de la operación

La comprensión del correspondiente contrato presupone el conocimiento oportuno de las actuaciones que corresponden a las partes durante las tres etapas que las vinculan en vía de ejecución de las obligaciones⁸⁴: precontractual, contractual y postcontractual. Ha de tenerse en cuenta que los tres sujetos que participan en la operación se encuentran relacionados, desempeñando cada uno de ellos una actuación que complementa las que corresponden a las otras, lo que indudablemente refleja uno de los aspectos más originales del negocio⁸⁵. Es decir, “una estrecha relación de cooperación”⁸⁶ en términos de un sector de la doctrina francesa.

Dicha cooperación tiene por objeto hacer posible la compra de un bien por una empresa con vocación esencialmente financiera que lo adquiere de un proveedor o fabricante (convenio de suministro) que necesita colocarlo en el mercado para ponerlo a disposición de un usuario con vocación esencialmente productora (convenio de leasing). Este enfoque ilustra fundamentalmente las técnicas jurídicas adecuadas que disciplinen esa estrecha relación de cooperación triangular de la cual surgen las diversas obligaciones convencionales que hacen del arrendamiento financiero una operación compleja en las que se reúnen técnicas jurídicas diversas⁸⁷.

⁸¹ Segurado Llorente, *El Leasing* ..., ob. cit., pp. 161-163.

⁸² Coillot, *El Leasing*..., ob. cit., p. 249.

⁸³ *Ibidem*, pp. 250-257.

⁸⁴ Illescas Ortiz, *El leasing: aproximación* ..., ob. cit., p. 80.

⁸⁵ De la Cuesta Rute, *Reflexiones*..., ob. cit., p. 554.

⁸⁶ Coillot, *El Leasing*..., ob. cit., pp. 140-141.

⁸⁷ De la Cuesta Rute, *Reflexiones* ..., ob. cit., pp. 556-557.

A. La etapa precontractual

Sin derivarse de pacto alguno por ser inexistente, esta etapa comienza con la relación que se establece entre “el proveedor” del bien y “el interesado” o potencial “usuario” la cual será el fundamento de las actividades a realizarse en esta etapa hasta el momento de la firma del contrato o convenio de leasing⁸⁸. Ya hemos señalado *supra* que el interesado es la parte que toma la iniciativa de la operación al escoger al proveedor, entregarle las especificaciones del bien y discutir, entre otras, las condiciones de su entrega, incluso antes de que aquel haya seleccionado la empresa de leasing, puesto que ésta no establecerá ninguna relación con el proveedor sino después que el potencial Usuario se haya comprometido a tomar al bien en leasing⁸⁹.

Lógicamente, el potencial usuario ha de manifestar que no será él quien ha de adquirir el bien especificado sino que tal adquisición será financiada por una empresa de leasing con la que celebre el correspondiente contrato o convenio de arrendamiento financiero. Tal manifestación ha de provocar una respuesta positiva del proveedor respecto de la concretización del financiamiento. Surgen de este acto importantes cuestiones que la doctrina ha tratado de responder jurídicamente: las relativas al acto de la determinación del bien y las que deriven de las “condiciones de venta”⁹⁰. Sobre el acto de la determinación del bien, la búsqueda de la solución jurídica por un sector de la doctrina ha sido fundamentada, por un lado, como un contrato de mandato⁹¹ en el que la arrendadora financiera desempeña el rol de mandante y el interesado el de mandatario; por otro lado, como una relación obligacional del tipo *facio ut facias*⁹² (hago para que hagas) en cuya virtud el interesado debe proceder a la especificación del bien a fin de que la empresa de leasing pueda adquirirlo posteriormente⁹³.

Respecto de los problemas derivados de las condiciones de venta, parte de la doctrina francesa fundamenta una solución argumentando que la concretización de las especificaciones y la determinación de las condiciones de venta conducen a una solución equivalente una “promesa unilateral de venta” concedida por el proveedor a favor del futuro Usuario⁹⁴, con la estipulación de que la realización de dicha promesa podrá, sin embargo, hacerse en nombre de cualquier persona física o jurídica a ser designada por el mismo Proveedor⁹⁵. También se ha argumentado que en lugar de una promesa unilateral de venta la equivalencia antes aludida pudiera darse con una simple oferta de venta⁹⁶ hecha por el proveedor a partir de la *invitatio ad*

⁸⁸ Segurado Llorente, *El Leasing...*, ob. cit., p. 46.

⁸⁹ De la Cuesta Rute, *Reflexiones...*, ob. cit. p. 557.

⁹⁰ Illescas Ortiz, *El leasing: aproximación...*, ob. cit., p. 81.

⁹¹ Coillot, *El Leasing...*, ob. cit., pp. 49-55.

⁹² Illescas Ortiz, *El leasing: aproximación...*, ob. cit. p. 82.

⁹³ *Ibidem*, p. 82.

⁹⁴ Coillot, *El Leasing...*, ob. cit., pp. 132-134.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 132.

⁹⁶ Illescas Ortiz, *El leasing: aproximación...*, ob. cit. p. 84.

offerendum que supone la conducta del potencial usuario, por parecer dicha oferta más adecuada al tráfico mercantil que lo sea una promesa de contrato⁹⁷, dada su cualidad de comerciantes.

También se ha planteado la posibilidad de que el acto en el que se materializa la iniciativa del interesado no pasa de ser una actuación encaminada a una mera información no generadora absolutamente de efectos jurídicos⁹⁸. A todo evento, al margen de las posiciones doctrinarias expuestas, la relevancia jurídica que se pueda derivarse de las actuaciones mutuas entre el interesado y el proveedor del bien dependerá ciertamente del libre ejercicio de la voluntad de las partes en cada caso concreto⁹⁹. Luego, ese debate doctrinal sería irrelevante si se entendiera que la adquisición del bien se efectúa en el marco de un negocio jurídico complejo con causa autónoma como lo es el contrato de arrendamiento financiero, que no es una yuxtaposición de diversos contratos tal como son el mandato, la compraventa, el arrendamiento de cosas y la opción de compra¹⁰⁰.

B. La etapa contractual

Esta etapa encuentra su prólogo en la etapa precontractual cuando el interesado le presenta a la arrendadora financiera su solicitud de leasing, con lo que se formalizan sus actuaciones previas con el proveedor. Tal solicitud contiene generalmente los datos personales, comerciales y contables del interesado y debe ir acompañada de una “oferta en firme” o una *proforma invoice* emitida por el proveedor que debe contener las especificaciones precisas del bien, su precio y demás condiciones de venta. A partir de los positivos resultados que deriven del examen de tal solicitud y del análisis de riesgos de naturaleza financiera sobre la inversión que comporta la operación de leasing, la institución financiera procedería a la celebración de un convenio de arrendamiento (*leasing agreement*) del cual han de surgir “obligaciones de hacer” para cada uno de los tres participantes en la operación de leasing como manifestación voluntaria de colaboración entre ellas en favor de la composición de intereses *inter partes* en la cual reside el elemento esencial de este contrato¹⁰¹ que se entiende, en la práctica, como un fenómeno parcial dentro del más amplio marco jurídico que corresponde al complejo negocio financiero de *leasing*¹⁰².

⁹⁷ *Ibidem*, p. 85.

⁹⁸ Illescas Ortíz, El leasing: aproximación..., ob. cit. p. 86.

⁹⁹ Segurado Llorente, *El Leasing*..., ob. cit., p. 46.

¹⁰⁰ Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario*..., ob. cit., p. 63.

¹⁰¹ Coillot, Jacques, *El Leasing*... ob. cit., p. 141.

¹⁰² Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario*..., ob. cit., pp. 48-49.

Así, en virtud del convenio de arrendamiento la Empresa de leasing se obliga a ceder el uso del bien especificado por el usuario durante un tiempo determinado irrevocablemente por dichas partes, a cambio de una contraprestación dineraria que incluye: amortización del precio convenido entre Proveedor y Usuario, intereses, comisiones y recargos establecidos contractualmente. Desde esta perspectiva convencional Usuario y Arrendadora forman un frente común con respecto al Proveedor del bien quien está obligado a venderlo directamente a la empresa financiera en virtud del convenio de suministro (*supply agreement*) sin que aquel pueda desconocer la iniciativa de su elección por el usuario y los contactos preliminares —los *pour parlers* según los autores franceses¹⁰³— sostenidos en la etapa precontractual. Por otra parte, la Arrendadora financiera descarga contractualmente en el usuario las obligaciones y responsabilidades que generalmente incumben al comprador¹⁰⁴ en virtud de su actuación como institución financiera por lo cual se admite que los riesgos que ella asume sólo son de naturaleza “financiera”, al tiempo que los riesgos de naturaleza “técnica” son atribuidos al usuario.

Como consecuencia de la venta del bien, el Proveedor se vincula estrechamente en las relaciones jurídicas que nacen del convenio de arrendamiento, a tal extremo que es frecuente exigir su firma en dicho contrato como testimonio de su conocimiento y aceptación de las numerosas cláusulas que le conciernen. En tal sentido, las Condiciones Generales en los convenios de arrendamiento pueden llegar hasta designar al Proveedor como amigable componedor en caso de litigios que puedan surgir entre el Usuario y la Empresa arrendadora en relación con la utilización y mantenimiento del bien. Finalmente, en el convenio de arrendamiento se pacta la opción que tiene el Usuario de “devolver el bien, sustituirlo por otro, renovar el contrato o adquirir el bien de acuerdo con las estipulaciones contractuales”¹⁰⁵.

C. La etapa postcontractual

A partir del cumplimiento del término pactado surgen diversas actuaciones relacionadas con el convenio de arrendamiento que la doctrina ha denominado “triple opción” del usuario¹⁰⁶. Al punto, la empresa financiera no podría transferir la propiedad del bien si no ha sido adquirida del Proveedor en virtud del convenio de suministro (*supply agreement*) en caso de que el usuario decida ejercer oportunamente “la opción de compra” entre las que contractualmente le son ofrecidas¹⁰⁷. Para dar legítimo cumplimiento al derecho de disposición que le otorga la Ley, la empresa de leasing debe haber adquirido la propiedad jurídica del bien antes del cumplimiento

¹⁰³ Maduro Luyando, Eloy, *Curso de obligaciones*, UCAB, Editorial Sucre, 1969, 7ª ed., p. 467.

¹⁰⁴ Coillot, *El Leasing...*, ob. cit., p. 141.

¹⁰⁵ *Vid.* artículo 120 de la *LGBOIF*

¹⁰⁶ *Vid.* epígrafe IV(D) *infra*.

¹⁰⁷ Illescas Ortiz, *El leasing: aproximación...*, ob. cit. p. 93.

del término pactado, lo que no obsta para que el Usuario haya podido ejercer la propiedad económica del bien durante la ejecución del contrato. En esto consiste fundamentalmente el leasing financiero en tanto que operación económica que permite la disponibilidad de recursos materiales o de capital mobiliarios destinados a la producción de bienes y servicios de consumo final.

IV. Aspectos estructurales de la operación

Tanto en Venezuela como en otros Estados de la comunidad internacional, el leasing financiero es todavía una práctica contractual sin disciplina jurídica con ausencia casi absoluta de cualquier expresión jurisprudencial por lo que ha sido encajada en esquemas afines en virtud de “(...) disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas (...)”¹⁰⁸. La tarea de trasplantar esta figura de origen anglosajón a ordenamientos jurídicos de tradición romanista no ha sido fácil, pues su intento de asimilarla *in toto* a alguno de los tipos contractuales conocidos genera el riesgo de desvirtuar su naturaleza jurídica. Un importante sector de la doctrina española ha afirmado que “las figuras jurídicas están insertas en complejos orgánicos, de modo que, desarraigadas del propio sistema y trasplantadas a otro, pueden perder su eficacia o producir efectos inesperados y hasta monstruosos”¹⁰⁹.

En este sentido, existe “una innegable incertidumbre fisiológica que acompaña siempre a la recepción y asimilación de nuevos modelos que tienen importancia en el mundo de los negocios y por tanto en la realidad jurídica”¹¹⁰. No obstante, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*) hay posturas doctrinales que han afirmado que el Derecho comparado ha alcanzado una importante conclusión en sus más recientes y sofisticados desarrollos¹¹¹. En la mayoría de los casos, los cambios en un sistema legal se han debido a trasplantes legales (*legal transplants*); es decir, “*the moving of a rule or a system of law from a country to another*”¹¹². Este movimiento ha mostrado ser la fuente más fértil de desarrollo jurídico, puesto que la mayoría de los cambios experimentados en gran parte de los sistemas jurídicos ha sido el resultado de préstamos (*borrowing*)¹¹³.

A partir de los argumentos señalados cabe examinar y conocer la propia estructura de la Operación con particular atención a su aspecto teleológico, para que su funcionamiento pueda ser entendido totalmente en el ámbito de las prácticas mercantiles, evitándose de esta

¹⁰⁸ Vid. artículo 4 de la CCV

¹⁰⁹ Manzano Solano, *El contrato de leasing* ..., ob. cit., p.136.

¹¹⁰ Buonocore, *La locación financiera* ..., ob. cit., p. 31.

¹¹¹ Mattei, *Comparative Law*..., ob. cit. pp. 123-125.

¹¹² Esta definición de *legal transplants* está contenida en el libro seminal de A. Watson: *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law (1974)*, en: (Mattei, *Comparative Law* ..., ob. cit., p. 124).

¹¹³ *Ibidem*, p. 124.

manera enmarcarla en contratos nominados o típicos consagrados en los ordenamientos jurídicos nacionales. Dicho de otra manera, el correcto planteamiento del problema de calificación jurídica del arrendamiento financiero tiene como *prius* el conocimiento del significado económico y estructural de esta técnica de financiación nacida de la práctica mercantil. En tal sentido, cabe precisar la diferencia entre *leasing* entendido como operación financiera —una entre las diversas a las que el empresario puede recurrir— y el *leasing* entendido como contrato regulador de la operación en sí¹¹⁴. A tal efecto, es procedente mencionar las características calificatorias del arrendamiento financiero, las cuales no constituyen *numerus clausus* y que permiten distinguirlo suficientemente de otras instituciones afines. Tales caracteres son los siguientes: (1ª) la función de financiación de la empresa de leasing; (2ª) el requerimiento e indicación de las especificaciones técnicas del bien deseado; (3ª) la transferencia de la propiedad económica; (4ª) las opciones ofrecidas al usuario al vencimiento del contrato.

A. La función de financiación

Este carácter del arrendamiento financiero es reconocido de manera unánime como el más conspicuo de la operación¹¹⁵ por exigir una relación triangular entre los siguientes sujetos¹¹⁶: (1º) el proveedor o fabricante del bien; (2º) el financista que cede el uso del bien en calidad de propiedad económica después de haber adquirido la propiedad jurídica mediante el pago del precio debido al proveedor y (3º) el empresario que usará el bien objeto del financiamiento. Es la función de financiación la que se pone en evidencia para distinguirlo de otras operaciones de arrendamiento, como por ejemplo el leasing operativo¹¹⁷ en el que se subsumen las condiciones de proveedor y arrendador por lo que, de hecho, falta la relación tripartita.

Aunque el término “financiación” es jurídicamente neutro, ha sido tomado en préstamo (*borrowing*) de la ciencia económica por la doctrina ius-mercantilista para ser utilizado por la legislación especial dedicada a disciplinar los incentivos a las empresas¹¹⁸. Generalmente, la finalidad de la financiación es también alcanzada a través de la utilización de diversos tipos contractuales que se encuadran bajo la denominación común de “contratos de financiación o de crédito” dirigidos a disciplinar operaciones cuya finalidad es otorgar créditos. Este tipo de operaciones se pueden enmarcar dentro de la actividad de intermediación financiera que, según

¹¹⁴ Illescas Ortiz, El leasing: aproximación. ..., ob. cit. p. 79.

¹¹⁵ Buonocore, La locación financiera. ..., ob. cit., p. 34.

¹¹⁶ Voulgaris, Le Crédit-Bail (leasing) ..., ob. cit., p. 337.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 337.

¹¹⁸ Buonocore, La locación financiera ..., ob. cit., p. 35.

la LGBOIF “(...) sólo podrá ser realizada por los bancos (...) y demás instituciones financieras reguladas por este Decreto Ley”¹¹⁹.

Aunque el contrato de leasing o arrendamiento financiero no está formalmente disciplinado en Venezuela; su finalidad financiera no permanece en el rango de un mero presupuesto económico. Sin embargo, del estatuto de las arrendadoras financieras establecido expresamente por la Ley venezolana¹²⁰ se desprende la realización de la finalidad específica del leasing financiero: servir de expediente para satisfacer necesidades de capital, poniendo a la disposición de un usuario un bien mueble o inmueble sobre el que se pacta por un período determinado a cambio de una contraprestación dineraria que incluye amortización del precio, intereses, comisiones y recargos previstos en el contrato¹²¹.

B. Requerimiento y especificaciones del bien

La realización de este aspecto estructural de la operación de leasing financiero corresponde al potencial usuario del bien (el interesado) en la etapa precontractual; dado que los bienes de capital que puedan ser objeto de esta operación serán adquiridos —en propiedad jurídica— por una institución financiera especializada en base a las especificaciones del bien aportadas por el interesado en la correspondiente solicitud de financiamiento. Se conforma así “una de las principales características innovadoras del leasing (...) dejar al futuro arrendatario tanto la elección del material de producción como la del proveedor”¹²²; de lo cual se puede concluir que la institución financiera desarrolla —desde una perspectiva económica— una actividad de intermediación financiera por disposición de la Ley¹²³.

Sin embargo, nada obsta —en otra hipótesis— que la institución de leasing pueda dar en arrendamiento financiero algún bien que haya pasado a su patrimonio como normal consecuencia de una devolución por no haberse ejercido la opción de compra o por la sustitución del bien por otro nuevo al vencimiento del contrato. A todo evento, la especificación del bien solicitado por el interesado tiene relevancia de carácter económico al conformar exclusivamente una cualidad propia de la arrendadora financiera que es la de “(...) realizar de manera habitual y regula operaciones de arrendamiento financiero (...)”¹²⁴, calificándose así de empresa de intermediación financiera y no de producción económica. Por lo tanto, el contacto directo entre el usuario potencial y el Proveedor va en beneficio de la eficiencia de la operación de leasing al

¹¹⁹ *Vid.* artículo 1 de la *LGBOIF*.

¹²⁰ *Vid.* artículos 117 a 125 de la *LGBOIF*, particularmente el artículo 117 *eiusdem*.

¹²¹ *Vid.* artículo 120 de la *LGBOIF*.

¹²² Coillot, *El Leasing ...* ob. cit., p. 141.

¹²³ *Vid.* artículo 1 de la *LGBOIF*.

¹²⁴ *Vid.* artículo 117 de la *LGBOIF*.

evitar eventuales disputas respecto de la correspondencia que debe existir entre el bien realmente suplido y las especificaciones aportadas por el interesado.

Cualquier discrepancia que pudiera surgir al respecto podría causar una falta de estipulación contractual por ser la especificación del bien un supuesto de naturaleza económica del contrato de arrendamiento financiero. En caso de haberse producido una errónea estipulación, el usuario podría actuar judicialmente ejerciendo las acciones que le sean concedidas por el régimen que discipline el contrato¹²⁵. El usuario pudiera actuar judicialmente por incumplimiento del contrato cuando la arrendadora financiera (propietaria del bien) no hubiese asegurado, en los términos pautados, la disponibilidad espacial y temporal del bien cuya propiedad económica ha de ser transferida en virtud de la operación de leasing financiero¹²⁶.

C. Transferencia de la propiedad económica

Del cabal cumplimiento de las mutuas obligaciones derivadas del Convenio de Suministro (*supply agreement*), la arrendadora financiera adquiere la propiedad del bien conforme a las especificaciones indicadas por el interesado. Es decir: “(...) tiene el derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes”¹²⁷. En el ámbito de *Law and Economics*, “(...) la propiedad es un conjunto de derechos los cuales describen lo que los individuos pueden o no hacer con los recursos de su propiedad (...) transformar, transferir o excluir a otros de su propiedad (...) cuyo ejercicio está protegido contra la interferencia de otros (...)”¹²⁸.

La noción de propiedad económica¹²⁹ —en sede del arrendamiento financiero— expresa la posibilidad que puede tener una empresa productora de usar y disfrutar el bien económicamente sin ser titular del dominio. Surge de la disociación entre el derecho a la propiedad y el uso de un bien de capital originada por la necesidad de “convencer a los industriales de que el beneficio resultaba para ellos, no de la propiedad del bien de producción, sino de su uso, y tenía para ellos interés la conservación, en el seno de su negocio, de bienes de equipos por el tiempo estrictamente necesario para su utilización”¹³⁰. Con ello lo que se persigue es acabar con el “complejo de propietario” que dificulta por razones psicológicas el recambio de bienes de capital, ya que desde la perspectiva de la “tecnología” no importa el dominio de los bienes sino su efectiva disponibilidad sólo por el tiempo que resulten útiles; razón por la cual la duración física del bien se torna irrelevante al lado de la extensión de su vida económica¹³¹.

¹²⁵ Buonocore, La locación financiera ..., ob. cit., p. 44.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 45.

¹²⁷ *Vid.* artículo 115 de la *CRBV*.

¹²⁸ Cooter, Robert y Ullen, Thomas, *Derecho y Economía*, México, FCE, 1998, p.104.

¹²⁹ *Vid.* nota al pie 28.

¹³⁰ Coillot, *El Leasing* ... ob. cit., p. 101.

¹³¹ De la Cuesta Rute, *Reflexiones* ..., ob. cit. p. 603.

Cabe aquí la cita atribuida a Aristóteles: “es más importante el uso que la propiedad de las cosas”. Al punto es pertinente tener presente que en el Derecho ha habido la tendencia a recurrir a la filosofía para decidir cuáles derechos debieran incluirse en el conjunto de los derechos de la propiedad¹³². Generalmente, los filósofos han percibido la propiedad como un instrumento para la realización de valores fundamentales. Para los filósofos utilitarios el propósito de la propiedad es la maximización del placer o satisfacción que totalmente se obtienen de los recursos materiales y de otras clases. Así, Jeremy Bentham (*Theory of legislation: Principles of Code*)¹³³ define la propiedad como una esperanza de utilidad al expresar que “la propiedad no es más que una base de esperanza; la esperanza de obtener ventajas de una cosa que decimos poseer en consecuencia de la relación en la que nos encontramos respecto de ella”¹³⁴.

En base a esta concepción utilitaria de la propiedad podríamos decir que la propiedad económica sería la ventaja que esperaría el usuario de un bien de capital que le haya sido cedido vía leasing financiero a efectos de su explotación continua y estable con *animus domini* en el ejercicio cotidiano de sus actividades productivas, durante la vida económica del mismo. Mientras que la noción de propiedad jurídica pudiera enfocarse desde la percepción filosófica de los valores que pueden encontrarse distintos al logro de placer o satisfacción como es sin duda la libertad individual; en el entendido de que “la propiedad privada es una condición necesaria para los mercados, los cuales constituyen un mecanismo descentralizado para la asignación de los recursos”¹³⁵. En este contexto, la arrendadora financiera conserva la facultad de disposición del bien de su propiedad como garantía real del crédito a efectos de contrarrestar la propiedad aparente basada en la posesión mobiliaria consagrada en la célebre máxima “*en fait de meubles possession vaut titre*” del Código Napoleónico; heredada por muchos sistemas jurídicos europeos. Al punto, el artículo 464 del CCE¹³⁶. También la norma contenida en el artículo 794 del CCV dispone que “Respecto de los bienes muebles por su naturaleza (...) la posesión produce (...) el mismo efecto que el título”.

D. La “triple opción” del usuario

En el convenio de arrendamiento financiero se suele establecer que el Usuario puede optar, al vencimiento del contrato (etapa postcontractual), por comprar el bien o devolverlo, sustituirlo por otro o renovar el contrato. En ocasiones, la doctrina española ha denominado a

¹³² Cooter y Ullen, *Derecho y Economía ...*, ob. cit., p. 105.

¹³³ *Ibidem*, p. 153.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 105.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 155.

¹³⁶ Artículo 464 del CCE: “La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea (...)”.

esta alternativa “triple opción” o “supuesta triple opción”¹³⁷. Estas opciones están reguladas en el artículo 120 de la *LGBOIF*¹³⁸. A partir de esta peculiaridad del contrato de arrendamiento financiero pueden surgir —en países que carecen de una legislación especial— ciertas observaciones: en primer lugar, las opciones “devolución del bien” y “renovación del contrato” son absolutamente típicas de otras figuras afines (leasing operativo y *renting*) y del arrendamiento simple; pero no lo son del contrato de compraventa ni de la venta con reserva de dominio. En puridad, “la devolución del bien” no es dada a ser configurada como una de esas opciones pues, desde el punto de vista jurídico, ella surge lógicamente con la terminación del contrato de arrendamiento financiero.

En segundo lugar, la opción de “sustituir el bien por otro” presupone una devolución. Por lo tanto, podría afirmarse que estas opciones no sean peculiaridades características del leasing financiero como fenómeno global. Por otra parte, consustancialmente con el contrato de arrendamiento financiero “por el pacto de opción de compra el titular de un bien o derecho faculta a una persona para que pueda a su arbitrio adquirir el bien o derecho en fecha y por precio determinado”¹³⁹. Obviamente, la ausencia de esta opción en las estipulaciones del convenio de leasing puede conducir a equiparlo con un arrendamiento ordinario, tal como ha ocurrido con el leasing operativo que ha llegado a ser considerado, casi pacíficamente, con un verdadero arrendamiento pero con desviaciones irrelevantes respecto del tipo legal. Luego, surgen reflexiones respecto de las razones que puedan impulsar al empresario productor a evaluar al leasing financiero respecto de otras formas alternativas de financiación o de crédito¹⁴⁰. por que lo que persigue el potencial usuario es “financiación y disponibilidad” del bien que necesita, sin dejar de lado la valoración económica que se le ofrece *ex lege* con la triple opción en la que se le permite libremente adquirir o no la propiedad del bien llegado el término del contrato. La opción de compra también tutela la conveniencia de la arrendadora financiera por liberarse de la propiedad del bien en consideración a sus intereses económicos.

Capítulo 3. Figuras afines y clasificación del leasing financiero

El propósito de este epígrafe es la presentación de ciertos caracteres que permitan individualizar algunas figuras contractuales con las que se ha pretendido establecer algún

¹³⁷ De la Cuesta Rute, Reflexiones..., ob. cit., pp. 533 y 594.

¹³⁸ Parágrafo segundo del artículo 120 de la *LGBOIF*: “En los contratos respectivos se establecerá que el arrendatario puede optar, durante el transcurso o al vencimiento del mismo, por devolver el bien, sustituirlo por otro, renovar el contrato o adquirir el bien, de acuerdo con las estipulaciones contractuales. Los contratos y operaciones de arrendamiento financiero no se considerarán ventas a plazo, cuando en ellos se obligue a transmitir al arrendatario, en cualquier tiempo, la propiedad del bien arrendado”.

¹³⁹ Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario*..., ob. cit., p. 102.

¹⁴⁰ Sobre la evaluación del leasing financiero respecto de otras formas alternativas de financiamiento, *Vid.* Segurado Llorente, *El Leasing*..., ob. cit., pp. 116-124.

parentesco por afinidad con el arrendamiento financiero. Sólo haremos referencia al “leasing operativo”; los denominados *Renting*; *Lease-back*; y la Venta a plazos con reserva de dominio. Esta última, en muchos casos concretos, se ha pretendido disfrazar con el ropaje que le corresponde al arrendamiento financiero por naturaleza. No obstante, la doctrina española¹⁴¹ suele hacer la distinción entre Leasing financiero y Leasing operativo basándose principalmente en las características del arrendador.

I. Figuras afines al leasing financiero

Algunas posiciones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del *leasing* contienen diversas clasificaciones sobre la existencia de una serie de particulares figuras entre las que aparece el arrendamiento financiero. Tales figuras son calificadas genéricamente bajo la denominación *leasing*. La polisemia de este término ha conducido a configurar una imprecisión que obliga a introducir criterios de diferenciación en base a esquemas formales que permitan particularizar la naturaleza del arrendamiento financiero. Algunos autores han hecho referencia a “las distintas modalidades de leasing”¹⁴²; también el sintagma “distintas clases de *leasing*”¹⁴³ dentro de las que ubican “la modalidad de *leasing* que se conoce como leasing financiero” llamado también “leasing propiamente dicho”.

A. El leasing operativo

En virtud de esta operación “una persona cede el uso o goce de un equipo profesional de su propiedad tipo estándar y de rápida obsolescencia a otra persona durante un tiempo determinado. Aquella recibe en contraprestación un canon que se paga periódicamente, reservándose el cesionario la facultad de terminar unilateralmente el contrato mediante previo aviso al cedente, cuando las condiciones técnicas no le sean satisfactorias”¹⁴⁴. En Norteamérica, la práctica del leasing operativo “viene a constituir una categoría residual en el sentido de que los arrendamientos que no son considerados en su naturaleza financieros, y que se celebren por un breve período de tiempo en relación con la vida útil del bien se reputan *Operating Leases*”¹⁴⁵, para distinguirlo invariablemente del leasing financiero.

¹⁴¹ De la Cuesta Rute, Reflexiones..., ob. cit.; pp. 536 ss.; Martín Oviedo, José M^º, *El “leasing” ante el Derecho español*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1972, pp. 40 ss.; Segurado Llorente, *El Leasing...*, ob. cit., pp. 13 ss.; Vidal Blanco, Carlos, *El leasing, una innovación en la técnica de financiación*, Madrid, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Instituto de Planificación Contable, 1977, pp. 77 y ss.

¹⁴² Cifuentes Muñoz, Eduardo, *El leasing y su incorporación al Derecho colombiano*, Bogotá, Editorial Temis, 1988, p. 1.

¹⁴³ Martorell, E., *Tratado de los contratos...* ob. cit., p. 372. Igualmente, Sánchez Jiménez, El contrato de leasing..., ob. cit., p. 933.

¹⁴⁴ Escobar Gil, Rodrigo, *El contrato de leasing financiero*, Bogotá, Editorial Temis, 1984, p. 20.

¹⁴⁵ Cifuentes Muñoz, *El leasing y su incorporación...*, ob. cit., pp. 27-28.

Tal distinción se basa principalmente en los siguientes aspectos: (a) en el leasing operativo sólo intervienen el cedente o arrendador del bien mueble y el cesionario o arrendatario, por lo que se configura un negocio bilateral; (b) el cedente o arrendador es un ente comercial que no tiene vocación financiera, pudiendo ser generalmente un fabricante, distribuidor o importador pero no una institución financiera en los términos calificativos de la LGBOIF; (c) los bienes que son objeto de la operación se caracterizan por su rápida obsolescencia (computadoras, fotocopiadoras, máquinas herramientas, automóviles, o similares), se utilizan necesariamente de manera circunstancial¹⁴⁶; (d) los riesgos técnicos son asumidos por el arrendador, quien tiene la obligación de prestar mantenimientos preventivo y correctivo que permitan sostener la productividad del equipo durante la vigencia del contrato por que, de lo contrario, es responsable de su pérdida o destrucción; (e) al arrendador corresponde también el pago de los impuestos correspondientes y las primas de seguro; (f) la duración del contrato va en función de la vida útil del equipo que se presume depender de los avances técnicos del ramo o sector operativo.

Estos caracteres permiten calificar al leasing operativo como un verdadero arrendamiento, por lo que pretender otorgarle una calificación jurídica especial es desnaturalizar sus efectos, sacrificando el sentido común que debe orientar al Derecho¹⁴⁷. Sin embargo, hoy día es posible encontrar en Venezuela artículos de prensa que promocionan la disponibilidad de “equipos tecnológicos” bajo la modalidad de *leasing*, ofrecidos por una entidad bancaria y un fabricante de computadoras en alianza, que reflejan la confusión que suele existir respecto del concepto de *leasing*. Un particular artículo de prensa dice: “en cuanto a la figura de leasing o arrendamiento (...) al finalizar el arrendamiento, el cliente tendrá la alternativa de devolver el equipo en óptimas condiciones de financiamiento y el distribuidor pasa a ser propietario de los equipos para luego iniciar un nuevo contrato de arrendamiento; o el cliente puede adquirir el equipo a valor de mercado o luego firmar un nuevo contrato de arrendamiento”¹⁴⁸.

B. El Renting

En los países cuyo Derecho es de tradición romanista, el significado del término anglosajón *renting* tiende a ser identificado o asociado con el de *leasing*¹⁴⁹ y, a fortiori, con el de leasing financiero. Por esta razón, tal vez, se establece fácilmente una situación de afinidad entre los negocios jurídicos distinguidos con estas denominaciones. En Estados Unidos de América se denomina *renting* al contrato que equivale al arrendamiento mercantil común en el Derecho venezolano —que puede responder a diversas necesidades y modalidades— que se distingue

¹⁴⁶ De la Cuesta Rute, Reflexiones..., ob. cit., p. 53.

¹⁴⁷ Escobar Gil, *El contrato de leasing* ..., ob. cit., p. 20.

¹⁴⁸ Diario El Nacional, Crédito y leasing para tecnología, Caracas, 9 de diciembre de 2000.

¹⁴⁹ Vulgaris, *Le Crédit-Bail* ..., ob. cit., p. 337. También, Coillot, *El Leasing* ..., ob. cit., p. 182.

del arrendamiento civil únicamente cuando se celebra un acto de comercio en virtud del artículo 2 (1) del *COCOV* que dispone: “Son actos de comercio (...) 1. La compra, permuta o arrendamiento de cosas muebles, hecha con ánimo de (...) arrendarlas (...)”. En este sentido, el denominado *renting* no configura una operación de financiación sino simplemente la prestación transitoria de los derechos de uso y goce de un bien mueble destinados a satisfacer una determinada necesidad del arrendatario comercial. Luego, se puede afirmar que la operación de *renting* no es más que poner en posesión del arrendatario comercial un bien mueble por su naturaleza, destinado a satisfacerle una necesidad operativa sin adquirir su propiedad. Por ejemplo, mediante el *renting* de vehículos una empresa arrendadora cede el derecho al uso comercial del bien mueble para que preste un servicio (no un uso personal) obteniendo ventajas administrativas y fiscales.

C. El *Lease-back*¹⁵⁰

Para la doctrina española, esta operación constituye “una fórmula o modalidad de leasing”¹⁵¹ en la cual Proveedor y Usuario son la misma persona. En virtud de esta operación, el propietario de un bien (mueble o inmueble) actuando como Proveedor se lo vende (*sale*) a una entidad de leasing que lo cede en “arrendamiento financiero” al anterior propietario para su uso (*lease back*) concediéndole el derecho de opción de compra que puede ejercer legalmente transcurrido un determinado tiempo en tanto que prestación esencial del contrato.¹⁵² Esta operación presenta las siguientes características que permiten diferenciarla del propio arrendamiento o leasing financiero: (1ª) es un negocio bilateral entre una arrendadora financiera y un usuario que es al mismo tiempo el proveedor del bien; (2ª) inexistencia de actuaciones precontractuales respecto de las especificaciones del bien por parte del interesado o potencial usuario, por un material de segunda mano o usado; (3ª) para el Usuario, priva el ejercicio de los derechos de la propiedad económica del bien (uso, goce y disfrute) sobre la propiedad jurídica que tenía antes de venderlo; (4ª) la finalidad económica que persigue el vendedor-usuario es la de obtener liquidez monetaria para atender sus necesidades de producción o para atender nuevas inversiones en activos. En la práctica, esta operación de leasing ha tenido mayor desarrollo respecto de edificaciones ya existentes.

¹⁵⁰ “*leaseback: the sale of property to a financial or eleemosynary institution that leases it to the vendor for a period of years at a rental that will give a return and amortize the investment, called also sale-and-leaseback*” (Webster’s: Third New international Dictionary..., ob. cit., p. 1286).

¹⁵¹ Segurado Llorente, *El Leasing*..., ob. cit., p. 15.

¹⁵² Manzano Solano, *El contrato de leasing*..., ob. cit., p.131.

D. La venta con reserva de dominio

Esta operación financiera es tal vez la más próxima a la figura del leasing mobiliario financiero. Posiblemente este sea el motivo de la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 120 de la *LGBOIF*¹⁵³ si se toma en cuenta que la finalidad económica de la venta es la transmisión de una propiedad afectada por la reserva del dominio mientras no se complete el pago convenido entre el vendedor y el comprador. Es el más puro derecho de propiedad-garantía¹⁵⁴. La aparente afinidad entre estas dos operaciones de financiamiento ha surgido como solución a una interpretación jurídicamente categórica en los sistemas de tradición romanista en los que, por principio, “los contratos no se califican por el nombre con que las partes lo designen”¹⁵⁵.

Tal situación ha sido planteada en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁵⁶ del año 1985, al expresar que “el contrato llamado de *arrendamiento financiero* o de *leasing* resulta una figura novísima en nuestro Derecho, cuya existencia reconoce en nuestro país el artículo 4º de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito (...) Tratándose de un contrato atípico, no previsto dentro de las estructuras que recoge el Derecho tradicional, es fuente de discusión la determinación de su naturaleza jurídica (...) También se ha dicho que se trata de un arrendamiento con promesa unilateral de venta, lo cual implicaría en Venezuela la necesidad de subsumirlo dentro de la figura de la venta a plazo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1579 del Código Civil (...)”.

En España, durante la segunda mitad de la década de los sesenta del siglo pasado, la ecuación entre la venta a plazos y el leasing financiero se estableció por virtud de la enorme *vis* atractiva que ejercía sobre las operaciones de arrendamiento financiero la norma del artículo 2º de la *Ley 50/1965 de julio de 1965* (BOE de 21 de julio de 1965) que disciplina especialmente la venta a plazos de bienes muebles. La norma en cuestión dispone que “También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos o contrato, cualquiera su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos”¹⁵⁷.

¹⁵³ Párrafo segundo del artículo 120 de la *LGBOIF*: “(...) Los contratos y operaciones de arrendamiento financiero no se considerarán ventas a plazo, cuando en ellos se obligue a transmitir al arrendatario, en cualquier tiempo, la propiedad del bien arrendado (...)”.

¹⁵⁴ Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, ob. cit., p. 71.

¹⁵⁵ De la Cuesta Rute, *Reflexiones...*, ob. cit., p. 506.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Sentencia de 28 de Febrero de 1985 (*Arrendequipos C.A. vs. S.A. de Crédito y Comercio Sociedad Financiera*), en: *Jurisprudencia Venezolana* Ramírez y Garay, Vol. 90, primer trimestre; pp. 558-562.

¹⁵⁷ Cabanillas Sánchez, A., *El leasing financiero y la Ley de Venta a Plazos de bienes muebles* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1978, en: *Anuario de Derecho Civil*, 1980, tomo 35, pp. 14-784, esp. p. 765.

Un sector de la doctrina especializada española¹⁵⁸ sostuvo que el *leasing* no se encuentra sometido a la *Ley 50/1965* si la opción de compra se configura como una promesa unilateral de venta aceptada¹⁵⁹. Es decir, si se concede la posibilidad de ejercerla sólo el Usuario. Tal posición doctrinaria puntualiza que si la promesa es bilateral entonces el negocio aparente (arrendamiento) se convierte en una compraventa a plazos más o menos oculta y además, la bilateralidad vaciaría de contenido la denominada “triple opción” que es consustancial con el *leasing*; porque el usuario se vería en la necesidad de formalizar la compraventa por virtud del artículo 1.451 del *CCE* vigente para entonces, sin otras alternativas posibles como son “devolver la cosa” o “renovar el contrato”. Por su parte, un sector de la doctrina italiana¹⁶⁰ ha observado que el parentesco entre el *leasing* financiero y la venta con reserva de dominio es más aparente que real: en primer lugar, porque difieren en el mecanismo de adquisición del bien que es sólo eventual en el *leasing* al estar subordinado a una autónoma manifestación de voluntad del arrendatario, siendo automático en la disciplina legislativa de la venta con reserva de dominio. En segundo lugar, porque ambas figuras jurídicas cumplen diversas funciones. Enmarcar al *leasing* en esquemas demasiado rígidos por dudosos motivos de orden dogmático y establecer una solución final obligada significa falsear su finalidad financiera impidiendo la realización de una serie de posibilidades que, en la práctica usual de los negocios, se encuentran con razonable puntualidad¹⁶¹.

Es indudable que ambas figuras presentan diferencias jurídico-estructurales esenciales que permiten apreciar su distinta finalidad económica, sin dejar de reconocer la posibilidad de que el arrendamiento financiero pueda encubrir aparentemente una auténtica venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio¹⁶². Una de esas diferencias es que la *ratio* del arrendamiento financiero radica en el goce temporal de una cierta clase de bienes y no en la transmisión de su propiedad al Usuario. En cambio, la venta a plazos con reserva del dominio es un negocio encaminado exclusivamente a que el comprador adquiera la propiedad del bien. El único sentido de los plazos reside en facilitar el pago del precio.

Otro aspecto propio del arrendamiento financiero es la posibilidad que tiene el Usuario de ejercer eventualmente la “opción de compra” adquiriendo la propiedad jurídica del bien que ha usado y disfrutado temporalmente en calidad de propietario económico. Por su parte, el dominio o “propiedad jurídica” del vendedor a plazos de bienes muebles podrá reservarse

¹⁵⁸ Illescas Ortiz, El *leasing*..., ob. cit., pp. 99-100.

¹⁵⁹ Vid. De Castro y Bravo, Federico, La promesa de contrato (Algunas notas para su estudio), en: *Anuario de Derecho Civil*, 1950, tomo 3, pp. 1133-1186. Aquí se estudia, en forma general y exhaustiva, el tema de la naturaleza jurídica del precontrato y las figuras que le son afines y que se le entrecruzan, tales como son: la promesa de vender y la opción, entre otras.

¹⁶⁰ Buonocore, La locación financiera..., ob. cit., p. 58.

¹⁶¹ Buonocore, La locación financiera..., ob. cit., p. 63.

¹⁶² Cabanillas Sánchez, El *leasing* financiero y la Ley de Venta..., ob. cit., p. 777.

legalmente “hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio”, quien “adquiere la propiedad de la cosa con el pago de la última cuota del precio”¹⁶³. Finalmente, el arrendamiento financiero se inserta casi exclusivamente en el ámbito de las empresas mercantiles, a cuyo desarrollo está prefijado; mientras que la venta a plazos con reserva de dominio se desenvuelve en un ámbito socioeconómico en el que se evidencia una particular debilidad adquisitiva de bienes muebles que motiva el recurso al crédito financiero para que las personas puedan satisfacer una apremiante necesidad¹⁶⁴.

II. Clasificación del leasing financiero

Son diversos los aspectos que deben tomarse en cuenta para tratar de precisar el alcance operativo de la figura que aquí denominamos “leasing financiero mobiliario internacional” y establecer su distinción respecto de las diferentes modalidades de *leasing* o arrendamiento que suelen practicarse; aunque para algunos el término “leasing financiero” represente una genuina redundancia. A tal efecto es procedente recurrir a ciertas calificaciones que atienden a diversos aspectos. Los más frecuentes atienden a la naturaleza del bien que pueda ser objeto de la operación, el ámbito geográfico dentro del cual se establecen las reglas jurídicas que lo disciplinan y el destino económico de los bienes dados en arrendamiento financiero.

A. Mobiliario e inmobiliario

Esta clasificación se establece en atención a la naturaleza del bien que es objeto de la operación. Así, el arrendamiento financiero puede versar sobre bienes inmuebles o sobre bienes muebles. Es “mobiliario” el leasing financiero que recae, generalmente, sobre bienes muebles “por su naturaleza” o “por su destinación”; que puedan ser objeto de propiedad privada pero no objeto de propiedad intelectual. Por su parte, el leasing financiero “inmobiliario” presenta mayor complejidad porque, además, está sujeto a regulaciones jurídicas que pueden ser de carácter urbanístico, de ordenación territorial y de índole registral pública. Dentro de su ámbito operativo, cabe mencionar el denominado “leasing de construcción” en el que el inmueble específico de la operación es una edificación aun no existente en el momento de la contratación.

¹⁶³ Parágrafo primero del artículo 1º *LVRD*: “En las ventas a plazo de cosas muebles por su naturaleza, el vendedor podrá reservarse el dominio de éstas hasta que el comprador haya pagado la totalidad del precio. El comprador adquiere la propiedad de la cosa con el pago de la última cuota del precio; pero asume el riesgo desde el momento en que la recibe”. (GORV, N° 25.856, de 26 de diciembre de 1958).

¹⁶⁴ Buonocore, *La locación financiera...*, ob. cit., p. 60.

B. Interno e internacional

En atención al ámbito geográfico de la operación, el leasing financiero mobiliario es “interno” cuando los tres sujetos que intervienen en la operación tienen su “residencia habitual” (personas físicas) o su “lugar de constitución” (personas jurídicas) en el territorio del mismo país; por lo tanto, los mencionados convenios de suministro (*supply agreement*) y de arrendamiento financiero (*leasing agreement*) son regulados por el ordenamiento jurídico material nacional. Por su parte, el leasing financiero mobiliario es “internacional” cuando los tres sujetos de la operación están localizados en territorios nacionales distintos. Se dice entonces que el leasing financiero mobiliario es de “importación” cuando el bien mueble objeto del convenio de suministro es fabricado en el extranjero y debe ser introducido al territorio venezolano para su utilización por el usuario. Pero puede ser también de “exportación” cuando el Proveedor está localizado en Venezuela y el bien debe ser desplazado hacia un país extranjero donde será utilizado por el usuario.

C. Para la producción y para el consumo

En función al destino económico del bien mueble, el “leasing financiero mobiliario internacional” puede ser dirigido para la “producción económica” (leasing por antonomasia) o para el “consumo”. Respecto de este último destino, la figura del usuario adquiere el papel de “consumidor” por lo que goza de protección legal. En Venezuela, la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* (en adelante: *LPCU*) protege los derechos de los “consumidores de bienes” y de los “usuarios de servicios”¹⁶⁵. En Estados Unidos de América, el *Uniform Commercial Code*, al hacer referencia al *Finance lease* lo diferencia del *consumer lease* cuando el *lessee* es una persona física, una familia o un propósito familiar¹⁶⁶. En el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Privado, el artículo 5º-1 del *Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales* (Roma, 1980) regula la aplicación de contratos destinados a la financiación de bienes muebles corporales y de servicios para un uso distinto a la actividad profesional del consumidor.

¹⁶⁵ Artículo 1º de la *LPCU*: “Esta Ley tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (...)”.

Artículo 2 de la *LPCU*: “A los efectos de esta Ley, se consideran consumidores y usuarios a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen”.

¹⁶⁶ “*Finance lease means a lease that a lessor regularly engaged in the business of leasing or selling makes to a lessee, except an organization, who takes under the lease primarily for a personal, family, or household purpose, if the total payments to be made under the lease contract, excluding payments for options to renew or buy, do not exceed \$ 25.000*”. (Section 2A103.1.e UCC).

Capítulo 4. Aspectos contractuales de Derecho material interno

La práctica de las diversas actividades que integran la operación de arrendamiento financiero generan una diversidad de transferencias patrimoniales e intereses económicos que reclaman ser tutelados por el Derecho porque las reglas jurídicas forman el primer elemento del cuadro de la vida económica reduciéndola a la ética —“una salvaguarda a todo lo que es humano”¹⁶⁷— para garantizar su formalización, documentación y eficacia¹⁶⁸. Es la figura del contrato como “expresión de la voluntad humana coincidente de dos o más personas en la producción de una obligación”¹⁶⁹ —*a fortiori*— fuente de obligaciones por excelencia en el Derecho Mercantil, la vestidura jurídica que adopta la operación de arrendamiento financiero como medio de alcanzar su finalidad económica en virtud de su función instrumental. Es el contrato el principal instrumento jurídico que sirve de medio para la circulación de los valores patrimoniales y de la riqueza económica, tanto en el ámbito interno como en el internacional¹⁷⁰. Por lo tanto, es imposible desvincular la propiedad privada de la relación contractual¹⁷¹. En este contexto, “un contrato es la traducción jurídica de una operación económica”¹⁷² por lo que “todo contrato (...) debe ser estudiado desde el punto de vista funcional (contenido y finalidad) y desde el punto de vista estructural (elementos y modo de formación)”¹⁷³. Además, “el contrato debe ser estudiado desde el punto de vista de sus (...) clasificaciones y efectos, que son generales a todo tipo de contrato e independientes de los tipos de particulares de los mismos”¹⁷⁴.

I. Marco clasificatorio

Según la Teoría General del Contrato, la clasificación de un contrato obedece, a caracteres técnico-jurídicos que particularmente pueda presentar y no a las simples denominaciones con las que se haya señalado¹⁷⁵. A tal efecto, sólo haremos alusión a aquellos caracteres del “contrato de leasing” o “contrato de arrendamiento financiero” que conduzcan de manera

¹⁶⁷ Así lo expresó el Papa Juan Pablo II ante la Academia Pontifical de Ciencias Sociales, al señalar que “la globalización no es, en sí misma, ni buena ni mala, sino lo que los hombres hacen de ella”, en: Diario El Nacional de 28 de Abril de 2001, cuerpo A, p. A-14).

¹⁶⁸ Manzano Solano, *El Contrato de Leasing...*, ob. cit., p. 128.

¹⁶⁹ Osorio Morales, Juan, *Crisis en la Dogmática del Contrato*, en: *Anuario de Derecho Civil*, 1952, tomo 5, pp. 1175-1186, esp. p. 1181; donde el autor recoge esta cita del Prof. español Clemente de Diego.

¹⁷⁰ Calvo Caravaca, Alfonso y Carrascosa González, Javier, *El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980*, en: A. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara (coord.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, pp. 41 ss., esp. p. 41

¹⁷¹ Osorio Morales, *Crisis en la Dogmática...*, ob. cit., p. 1185.

¹⁷² Melich-Orsini, José, *Doctrina General del Contrato*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, p. 225.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 24.

¹⁷⁴ Maduro Luyando, Eloy, *Curso de Obligaciones...*, ob. cit., p. 378.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 384.

indispensable a la precisión de su naturaleza jurídica del contrato que disciplina la misma operación mercantil.

A. Contrato complejo

Según la Teoría General del Contrato, el carácter “complejo” del contrato de arrendamiento financiero se fundamenta en la conexidad y coherencia que las diversas prestaciones — surgidas de los convenios de suministro y de arrendamiento— deben guardar entre sí¹⁷⁶ y no en el número de las partes que intervienen en la operación (proveedor, usuario y arrendadora financiera) ni en el “número de declaraciones de voluntad”¹⁷⁷. En este contexto, un sector de la doctrina iusprivatista española¹⁷⁸ califica como contratos complejos “aquellos en los cuales las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas, o los pactos asumidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para integrarse en el negocio [contrato único con causa compleja]. No hay yuxtaposición de negocios (...) sino fusión de prestaciones, obligaciones, o contratos típicos”.

Por su parte, otro sector de la doctrina española especializada¹⁷⁹ califica al *leasing* como “contrato complejo con unidad causal” en base a “la pluralidad de transferencias patrimoniales, internas y externas, que lo constituyen. Esta complejidad hay que entenderla en el sentido de que el contrato de *leasing*, en su constitución y ejecución, muestra elementos, aspectos o prestaciones de las partes que pueden descubrirse en figuras negociales ya fuertemente tipificadas”. En este sentido, la jurisprudencia española ha señalado que “la mera lectura de las cláusulas contractuales, con abstracción de la calificación dada por las partes, denota la existencia de un contrato complejo y singular en el tráfico mercantil, que la doctrina científica y la más moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo viene calificando de *leasing financiero*”¹⁸⁰. Cabe hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de julio de 1941 la cual indica que habrá un negocio unitario complejo cuando entre sus miembros exista “una soldadura tan íntima en un solo nexo que sería inútil pretender que se mantuviera su substancia jurídica separando sus elementos componentes”¹⁸¹.

En Venezuela, el artículo 1.134 del *CCV* sólo establece distinción entre “contrato unilateral” (“cuando una sola de las partes se obliga”) y “contratos bilateral” (“cuando se obligan

¹⁷⁶ Melich-Orsini, *Doctrina General...*, ob. cit., p. 42.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 42.

¹⁷⁸ Díez-Picazo, Luís, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Edit. Tecnos, 1987, p. 255.

¹⁷⁹ Manzano Solano, *El Contrato de Leasing...*, ob. cit., p. 139.

¹⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 5 de octubre de 1987 (*vid* Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario...*, ob. cit. p. 53).

¹⁸¹ Illescas Ortiz, *El leasing: aproximación...*, ob. cit., p.113.

recíprocamente”), sin alcanzar a establecer un criterio que permita calificar de complejo a un contrato, por lo que ha sido necesario recurrir al método del Derecho comparado.

B. Contrato oneroso

La finalidad económica perseguida por las partes mediante la operación de arrendamiento financiero (*do ut facias*) permite calificar al contrato que la disciplina como “oneroso” en virtud del artículo 1.135 del *CCV* que sirve de base para afirmar que el Usuario crea a su cargo la obligación de pagar las cuotas en provecho de la arrendadora financiera que las acepta transfiriendo al Usuario la propiedad económica del bien (*do ut facias*), por lo que no consiste necesariamente en dinero¹⁸². Por otra parte, mediante el convenio de suministro la arrendadora financiera se obliga con el Proveedor a pagar el precio de la compraventa al Proveedor quien le transfiere a la Arrendadora financiera la propiedad jurídica del bien (*do ut des*). Cabe precisar la “onerosidad” la que caracteriza al contrato de leasing financiero y no la “bilateralidad” con al que a veces se podría confundir. Por eso, un contrato puede ser oneroso siendo, no obstante, complejo.

C. Contrato por adhesión

Esta clasificación —producto de las circunstancias económicas actuales— es atribuida al contrato de arrendamiento financiero porque en su conclusión es corriente el empleo de formularios prerredactados (*standard contracts*) por la Arrendadora que encarnan una “voluntad constitutiva” por ser ella quien fija las condiciones del contrato en tanto que el Usuario ejerce una “voluntad adhesiva”¹⁸³, de suerte que es consustancial con este negocio jurídico un cierto vicio de consentimiento que no los invalida¹⁸⁴, lo que se puede traducir como un monopolio legal por parte de la Arrendadora. Se configura así una “ausencia de autonomía caracterizada por la adhesión de los intereses a un estatuto legal preexistente”¹⁸⁵. Por esta razón, hace mucho tiempo que la doctrina iusprivatista advirtió la anomalía de los contratos por adhesión y los peligros que ellos entrañan¹⁸⁶. Cabe mencionar que la denominación de “contratos por adhesión” ha pasado, modernamente, a segundo plano; siendo preferible la terminología alemana

¹⁸² Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones...*, ob. cit., p. 388.

¹⁸³ Melich-Orsini, *Doctrina General...*, ob. cit., p. 48.

¹⁸⁴ Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones...*, ob. cit., p. 396.

¹⁸⁴ Osorio Morales, *Crisis en la Dogmática...*, ob. cit., p. 1183.

¹⁸⁵ Delaume, George, La autonomie de la volonté en droit international privé, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1950, pp. 321 ss., esp. p. 333.

¹⁸⁶ Royo Martínez, Juan, Contratos de Adhesión, en: *Anuario de Derecho Civil*, 1959, tomo 2, pp. 54-70.

“condiciones generales de contratación” (en adelante: CGC) o el término “contratos tipo” que se utiliza en Francia¹⁸⁷.

Mediante el uso de las CGC las Arrendadoras conforman la “ley del contrato” (*lex contractus*) en la medida que sean aceptadas sus “cláusulas standard”, por la parte adherente (el Usuario). Estas condiciones generales suelen ajustarse a los requerimientos y propósitos de las arrendadoras financieras¹⁸⁸, por lo que ha sido imprescindible la intervención de la Administración pública para controlarlas mediante disposiciones imperativas¹⁸⁹ dirigidas a proteger al usuario adherente contra algunas cláusulas abusivas de dudosa licitud que puedan ser impuestas por las arrendadoras financieras. Son un ejemplo palmario las cláusulas que las liberen de todo tipo de responsabilidades que le deben corresponder por la naturaleza de su actividad financiera, determinando que sea el usuario quien soporte los riesgos y las cargas¹⁹⁰.

D. Contrato típico o nominado

El enfoque de la naturaleza jurídica del *leasing* desde una aproximación contractual ha resultado de difícil encuadramiento en el sistema de obligaciones y contratos a efectos de resolver su aparente atipicidad¹⁹¹. Sin embargo, en el ámbito del Derecho comparado podemos encontrar algunas disposiciones que contienen definiciones en torno al arrendamiento financiero una calificación jurídica determinada¹⁹². En Venezuela, si nos ceñimos a los caracteres presentados por la doctrina iusprivatista tradicional sobre la nominalidad (tipicidad) e innominabilidad (atipicidad) de los contratos y a las disposiciones contenidas en los artículos 120 de la *LGBOIF*

¹⁸⁷ De Castro y Bravo, Las Condiciones Generales..., ob. cit., p. 319.

¹⁸⁸ Boggiano, Antonio, International Standard Contracts. A Comparative Study, en: *Recueil des Cours*, 1981, tome 170, pp. 9-114, esp. p.17.

¹⁸⁹ Sobre este aspecto, *Vid.* Hartley, Trevor, Mandatory rules in international contracts: The common law approach, en: *Recueil des Cours*, 1997, tome 266, pp. 341-425, esp. pp. 345-349.

¹⁹⁰ En este sentido, Cabanillas Sánchez, Antonio, La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales, en: *Anuario de Derecho Civil*, 1982, tomo 35, pp. 41-120, esp. pp. 73 ss. Del mismo autor: Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor, en: *Anuario de Derecho Civil*, 1983, tomo 26, pp. 1191-1206.

¹⁹¹ Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...* ob. cit., p. 204.

¹⁹² En España, el artículo 19 del *Real Decreto-Ley de 25 de febrero de 1977*, derogado en este punto por la *Ley 2611988 de 29 de julio de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, cuya Exposición de Motivos, en relación con su Disposición Adicional Séptima, retiene la calificación del leasing como arrendamiento financiero que preveía el artículo 19 antes mencionado. (Sánchez Lorenzo, S., *Garantías reales...* ob. cit., p. 205). En Francia, la *Ley n° 66-455 de 25 de julio de 1966* reconoce oficialmente la operación de leasing financie., naturalizada bajo el nombre de *crédit-bail*, y somete a la reglamentación bancaria las empresas que ejercen esta actividad de manera habitual (M. Giovanoli, M., *Le Crédit-Bail...* ob. cit., p. 127). En Bélgica, el legislador introduce en el *Real Decreto n° 55* una descripción con la finalidad de caracterizar el leasing, en adelante denominado *location-financement*, de otras operaciones tales como la *location opérationnelle* y la *location-vente* (M. Giovanoli, Le Crédit-Bail..., ob. cit., p. 173). En Venezuela, el artículo 120 *LGBOIF* describe la operación que se considera arrendamiento financiero, caracterizándola jurídicamente como contrato de financiación. Igualmente, en Ecuador, el artículo 1° del *Decreto sobre Leasing o Arrendamiento Financiero de 22 de diciembre de 1978*, en: *Revista de Derecho Mercantil, año 1, n° 1*, Caracas.1986, pp.189-191).

y 1.140 del *CCV*¹⁹³, el contrato de arrendamiento financiero puede ser calificado como “contrato nominado o típico” a pesar de su calificación de carácter complejo. Pero en el contexto de una aproximación al *Régimen Jurídico de la Contratación Internacional* “el mito de la tipicidad del contrato quiebra: las modalidades contractuales existentes hasta el momento se ven notablemente alteradas, apareciendo, asimismo, nuevas variedades. Muchas de las cuales, además, aún carecen de una debida reglamentación jurídica, e incluso, de un parangón lógico en las diversas legislaciones”.¹⁹⁴ Además, “dado el principio de autonomía de la voluntad, la tipicidad o atipicidad del *leasing* como contrato es una cuestión que pierde relevancia desde el momento en que no repercute, de forma decisiva en el contenido obligacional del *leasing*, sobre el que no existen mayores dudas ni discrepancias”¹⁹⁵. En conclusión, respecto de un contrato de *leasing* financiero internacional es irrelevante el asunto de la tipicidad.

E. Contrato principal

Si se toma como premisa indispensable el hecho de que un contrato dependa lógica y jurídicamente de otro¹⁹⁶, el *leasing* financiero, como fenómeno jurídico, configura un contrato unitario y complejo que involucra un acuerdo de garantía real, surgido de la práctica, basada en la propiedad privada¹⁹⁷, que es intrínseco al mecanismo de la operación financiera garantizada. Es decir, el fenómeno global denominado *leasing* financiero mobiliario es diferente a otros grupos de garantías que son extrínsecas a la operación garantizada, lo que configura dos contratos autónomos estrechamente vinculados (por ejemplo: la hipoteca mobiliaria)¹⁹⁸. En base a esta diferencia el *leasing* financiero garantizado tiene el carácter de contrato principal por no presuponer una obligación preexistente¹⁹⁹ derivada de la “accesoriedad” de la garantía real basada en la “propiedad jurídica” sobre el bien que soporta los derechos *in rem* de la empresa arrendadora (*lessor*) frente al usuario (*lessee*) que ejerce la “propiedad económica” sobre el bien. Dicha garantía real sujeta, en primera fase, el bien gravado al cumplimiento oportuno de las cuotas

¹⁹³ Artículo 1.140 *CCV*: “Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales”. Por su parte, el Artículo 120 *LGBOLF* dispone que “Se considera arrendamiento financiero la operación (...) En los contratos respectivos se establecerá que (...)”.

¹⁹⁴ Esplugues Mota, Carlos, Régimen Jurídico de la Contratación en el Derecho del comercio internacional, en: *Material de apoyo del Seminario sobre Derecho Comercial Internacional, dictado en el Centro de Estudios de Post-grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, Caracas, enero de 2000, p. 12.

¹⁹⁵ Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, ob. cit., p. 205.

¹⁹⁶ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo I, p. 435.

¹⁹⁷ En este sentido, Bouza Vidal, Nuria, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Madrid, Marcial Pons, 1991, pp. 7 y 121. También, Sánchez Lorenzo, *Garantías Reales...*, ob. cit., pp. 31 y 206

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.21.

¹⁹⁹ Melich-Orsini, *Doctrina General...*, ob. cit., p. 60.

convenidas; en segunda fase, la recuperación del valor de uso y disposición del bien ante la insatisfacción de la obligación garantizada²⁰⁰.

Tal distinción entre el contrato de leasing financiero (contrato principal) y la garantía real basada en la propiedad jurídica (contrato accesorio) es de contenido obvio²⁰¹, porque en el Derecho interno las garantías reales siguen las vicisitudes de la vida jurídica del crédito, de modo que aquella se extingue si éste se extingue o se anula²⁰². Pero cuando se trata de “leasing financiero mobiliario internacional” surgen diversas situaciones relacionadas tanto con la protección de la posesión mobiliaria como apariencia de la propiedad en el tráfico mobiliario como con la protección de la seguridad del tráfico externo²⁰³. También se plantea la cuestión en torno a la accesoriedad y dependencia jurídica de la garantía real sobre el bien respecto de la internacionalidad del contrato de leasing financiero (contrato principal) en cuanto a que ambos contratos sean regidos por una misma Ley. Este es un aspecto que interesa al Derecho Internacional Privado.

F. Contrato de tracto sucesivo

En virtud del contrato de arrendamiento financiero, el usuario recibe el bien requerido en calidad de propiedad económica a cambio de una contraprestación dineraria fraccionada en cuotas pagaderas durante el plazo del arrendamiento, por lo que el decurso del tiempo es el elemento esencial para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad que las indujo a contratar dada la posibilidad que ofrece a las empresas para disponer de bienes de capital o equipos que necesitan para realizar su actividad económica. Luego, la utilidad del contrato de arrendamiento financiero es proporcional a su duración. Tal circunstancia permite clasificar jurídicamente al arrendamiento financiero como “contrato de tracto sucesivo” o de ejecución continua. Entre otras consecuencias prácticas del contrato de leasing financiero²⁰⁴, su duración conduce a considerar los eventuales efectos de la devaluación monetaria o inflación sobre las cuotas pendientes, particularmente cuando sobrevienen dificultades

²⁰⁰ Sánchez Lorenzo, *Garantías Reales*, ob. cit., p. 30.

²⁰¹ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo I, p. 435.

²⁰² En este sentido; a título de ejemplo: los artículos 1805, 1830, 1837 y 1907 del *CCV*.

²⁰³ En este sentido, a título de ejemplo, el artículo 1.894 del *CCV* dispone que: “Cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido”. (vid. Melich-Orsini, *Doctrina...*, ob. cit., p. 60).

²⁰⁴ Por ejemplo: a) los efectos de la excepción *non adimpleti contractus*, que deja inexistente el contrato de tracto sucesivo durante el lapso en que la parte sobre la que pesa la excesiva onerosidad dejó de cumplir con su obligación (en los contratos de tracto instantáneo su efecto es la suspensión del contrato); b) los efectos *ex nunc* (desde ahora) de la acción resolutoria, cuando existen prestaciones cumplidas y ya disfrutadas; lo que se traduce en la necesidad de pedir el cumplimiento de las contraprestaciones correspondientes. En cambio, en los contratos de ejecución instantánea la acción resolutoria opera *ex tunc* (desde entonces) y las cosas deben reponerse al estado anterior a la celebración del contrato (Vid. Melich-Orsini, *Doctrina...*, ob. cit., pp. 61 y 62. También, Maduro Luyando, *Curso de obligaciones...*, ob. cit., p. 394).

de cumplimiento por “excesiva onerosidad” o “*hardship*”. Surge así la aplicación de la denominada Teoría de la Imprevisión como un remedio a los efectos de la inflación en los contratos de tracto sucesivo.

En Venezuela, un importante sector doctrinario de mayor competencia²⁰⁵ ha señalado que según la Teoría de la Imprevisión, un contrato se celebra bajo el supuesto denominado “equilibrio contractual”. Es decir que al momento de nacer las obligaciones contractuales, las condiciones económicas existentes permanecerán inalteradas durante su ejecución bajo la presunción del principio *rebus sic stantibus*. Pero eventualmente puede suceder que tales condiciones económicas puedan verse alteradas por circunstancias sobrevenidas (por ejemplo, efectos derivados de una devaluación monetaria) cuya magnitud gravita sobre el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes (respecto al *leasing*, el pago de las cuotas por el Usuario). Para remediar esta dificultad, el Derecho ha creado la Teoría de la Imprevisión, cuya aplicación persigue el cumplimiento de la obligación afectada negativamente, bajo condiciones económicas sobrevenidas diferentes a las que existían al momento del nacimiento del contrato. Esta Teoría “opera como un atenuante de responsabilidad civil y no como un eximente, por lo cual la imprevisión que causa dificultad no justifica un incumplimiento total sino sólo una variación en las prestaciones; las cuales se ajustan de manera de restablecer el equilibrio contractual perdido por el hecho imprevisto”²⁰⁶.

En el ámbito del Derecho comparado, el artículo 1467 del *CCIT* dispone: “En los contratos de ejecución continuada o periódica (...) si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato (...)”. Igualmente, el primer aparte del artículo 1198 del *CCA* y el artículo 437 del *CCP*.²⁰⁷ Aunque la Imprevisión no está regulada en el *CCE*, tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas reconocen la posibilidad de revisión de las prestaciones de los contratos por alteración de circunstancias.²⁰⁸ Por su parte, la jurisprudencia francesa ha rechazado la Imprevisión en el contrato de Derecho privado; no así en el contrato de Derecho administrativo, donde el ajuste por circunstancias imprevistas ha sido aceptado.²⁰⁹

En Estados Unidos de Norteamérica²¹⁰, el *Restatement the second of the Law of Contracts* (sección 265) prevé, como principio general, que en los contratos de ejecución

²⁰⁵ Rodner, James-Otis: *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Caracas, Editorial Arte, 1995, pp. 491-523.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 492.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 493.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 493.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 496.

²¹⁰ *Vid.* Carl, Beverly, Contratos internacionales: la compra-venta de mercaderías entre empresas de países con distintos sistemas jurídicos, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1989, No. 73, pp. 319-363, esp. pp. 349-351.

continuada el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes puede ser excusado cuando el propósito principal del contrato ha sido frustrado por un evento²¹¹. También, el *Uniform Commercial Code* (sección 2-615) prevé el concepto de dificultad sobrevenida en el cumplimiento del contrato²¹².

En Venezuela, el desarrollo jurisprudencial ha sido similar al de Francia, en el sentido de permitir solamente la revisión de los contratos por imprevisión (incumplimiento por excesiva onerosidad) en los casos de contratos administrativos, específicamente contratos de servicios públicos²¹³; aunque el artículo 1.272 del *CCV* prevé expresamente la imposibilidad absoluta de cumplimiento sobrevenida (Teoría de la Fuerza Mayor y el Caso Fortuito) como un caso de eximente de responsabilidad civil²¹⁴, sin contemplar la posibilidad de dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que “hay una estrecha conexión entre la Teoría de la Imprevisión admitida por el Consejo de Estado en Francia y desconocida por la Casación francesa y la teoría de la fuerza mayor y el caso fortuito. La primera se refiere a una posibilidad desproporcionadamente onerosa de cumplir la prestación; la segunda, la imposibilidad es absoluta”²¹⁵.

Por último, en el ámbito del Derecho Internacional Uniforme, no son menos importantes las soluciones que, sobre la excesiva onerosidad (*hardship*), ofrecen los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*²¹⁶, donde se recoge tanto una definición de excesiva onerosidad (artículo 6.2.2.) como los efectos que despliega (artículo 6.2.3.).

G. Contrato consensual

Para que el contrato de arrendamiento financiero se perfeccione y produzca los efectos queridos, se requiere del “consentimiento de las partes” legítimamente manifestado como una de las condiciones que debe reunir el contrato para que exista legalmente (artículo 1.141 del

²¹¹ Rodner, *El dinero, la inflación...*, ob. cit., p. 494.

²¹² *Ibidem*, p. 495.

²¹³ *Ibidem*, p. 498.

²¹⁴ Artículo 1.272 del *CCV*: “El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido”.

²¹⁵ Palacios Herrera, Oscar, *Apuntes de Obligaciones*, Maracaibo, Universidad del Zulia, Ediciones Centro de Estudiantes, 1982, p. 234.

²¹⁶ Los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* tienen, entre otros propósitos, establecer reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales (por ejemplo, el contrato de leasing financiero internacional), los cuales deberán aplicarse cuando las partes contratantes hayan acordado someterlo a sus disposiciones, pudiendo proporcionar una solución a un punto controvertido (por ejemplo, la excesiva onerosidad sobrevenida) cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato. Estos *Principios* pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme (por ejemplo, la *Convención de Unidroit sobre leasing financiero internacional*) y pueden, además, servir de modelo para la legislación a nivel nacional e internacional. *Vid. Uniform Law Review*, Roma, 1994.

CCV). Tal “requisito extrínseco”²¹⁷ le otorga el carácter “consensual” al contrato de leasing. Así, por aplicación de la disposición contenida en el artículo 1.1.61 del CCV a la relación contractual entre Proveedor y Arrendadora financiera, se opera entre ellos una transmisión y adquisición de derechos resultantes del mutuo asentimiento legítimamente manifestado²¹⁸. La importancia de esta categorización en el tráfico jurídico internacional deriva de la divergencia espacial que existe entre los ordenamientos jurídicos nacionales vigentes (supuesto de existencia del DIPr). Algunos ordenamientos requieren o no la *traditio* o *modus* de la cosa entre otros requisitos (*titulus* o causa; *Kausalvertrag* y *consensus* traslativo de propiedad) que permitan configurar la adquisición y transferencia de la propiedad en el ámbito del Derecho comparado²¹⁹.

Por ejemplo, el primer párrafo del artículo del Código Civil Suizo de 1907 dispone que “la ejecución del acto posesorio es necesario para la transferencia de la propiedad” (sistema traslativo causal: *titulus + modus*)²²⁰. De manera diferente y a los mismos efectos, el artículo 1034 del Código Civil griego (1941/1946) dispone que: “Para transferir la propiedad de un bien mueble, se requiere la tradición de su posesión por el propietario al adquirente y el acuerdo entre las partes a propósito de la transferencia de la propiedad (sistema traslativo abstracto: *consensus + traditio*)²²¹. Por su parte, el artículo 1376 del CCI dispone que “En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente expresado (sistema consensualista: *sola causa/solus titulus*)²²². Se puede observar que Venezuela se ubica dentro del sistema consensualista, porque “contrato consensual es aquel para el que *basta el consentimiento* para perfeccionarlo”²²³.

H. Contrato privado

Partiendo de la división jurídica entre “personas de Derecho Público” y “personas de Derecho privado”, se puede precisar lo que se entiende por “contratos privados” y “contratos públicos”. Las “personas jurídicas de Derecho privado” pueden celebrar libremente cualquier

²¹⁷ Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones* ..., ob. cit., p. 385.

²¹⁸ Artículo 1.161 de la CCV: “En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se hubiere efectuado”.

²¹⁹ Kreuzer, Karl, *La propriété mobilière en droit international privé*, en: *Recueil des Cours*, 1996, tome 259, pp. 13 ss., esp. pp. 93 y 94. En el mismo contexto: Bouza Vidal, *Las Garantías* ..., ob. cit., pp. 20-21.

²²⁰ *Ibidem*, p. 100.

²²¹ *Ibidem*, p. 100.

²²² *Ibidem*, p. 101. Obsérvese la identidad entre los artículos 1.161 del CCV y 1376 del CCIT.

²²³ Messineo, *Teoría general* ..., ob. cit., Tomo I, p. 105.

tipo de “contrato de interés privado” en virtud de la norma humanitaria contenida en el artículo 112 de la *CRBV* que dispone: “(...) El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando (...) la producción de bienes y servicios (...) la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria (...)”. Pero en virtud del artículo 19 del *CCV* “Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos: 1. La Nación y las Entidades políticas que la componen (...)”. Luego, las “personas jurídicas de Derecho Público” pueden —en virtud del artículo 151 de la *CRBV*— celebrar contratos de interés público, siempre que no sean celebrados con “Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela (...)”.

Luego, las denominadas empresas del Estado constituidas bajo la forma de personas jurídicas de Derecho privado (por ejemplo, PDVSA) podrían tener la cualidad de Usuario en un contrato de arrendamiento financiero en tanto que la finalidad económica perseguida con dicho contrato sólo tenga, según el Derecho privado, efectos jurídicos en su esfera patrimonial. En tales casos el contrato es “privado”, en oposición a la calificación de “contratos públicos”, para los que de ordinario se aplican ciertas reglas propias del Derecho Administrativo (por ejemplo: procedimientos de licitación, incorporación forzosa de ciertas cláusulas,) que ponen en evidencia la intervención del Estado en sus relaciones jurídicas con personas de Derecho privado. En tal caso, correspondería al Derecho Administrativo calificar a un concreto contrato de “público” o “privado”²²⁴. Luego, no existen “contratos públicos” de arrendamiento financiero, porque el contrato de arrendamiento financiero es de naturaleza esencialmente civil.

La importancia de la calificación de “privado” radica, como veremos *infra*, en que se le añade a la “internacionalidad” del leasing financiero (elementos extranjeros en la relación contractual) para configurar las situaciones jurídicas que son objeto específico del Derecho Internacional Privado, de tal modo que los sujetos de dicha relación pueden ser personas de Derecho privado o de Derecho público que actúan con carácter privado²²⁵.

I. Contrato mercantil

La mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales suelen distinguir entre contratos civiles y mercantiles; en términos que podrían variar de uno a otro en virtud de la existente “divergencia espacial” que da vida al DIPr. El Código de Comercio venezolano califica como “mercantil” a un contrato en función de su vinculación con la noción de “acto de comercio”. Al punto, el artículo 2º (23) del *COCOV* dispone: “Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente (...) los contratos entre los

²²⁴ Melich-Orsini, *Doctrina General...* ob. cit., pp. 67 - 69.

²²⁵ Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, *Sixto, Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, 3ª edición, p. 52.

comerciantes y sus factores o dependientes”. Seguidamente, el artículo 3º *eiusdem* dispone: “Se reputan además actos de comercio cualesquiera otros contratos (...) sino resulta lo contrario al acto mismo, y si tales contratos (...) no son de naturaleza esencialmente civil”; estableciendo una presunción *juris tantum* de comercialidad de los contratos. Pero, en virtud del artículo 10º del *COCOV*, “Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles”²²⁶ Al respecto, en virtud de artículo 117 de la *LGBOIF*, “Las arrendadoras financieras tienen como objeto realizar de manera habitual y regular operaciones de arrendamiento financiero en los términos establecidos en la Ley” Luego, los contratos de arrendamiento financiero son de naturaleza mercantil. Cabe destacar que en el sistema autónomo de DIPr venezolano no se hace distinción expresa entre contratos civiles y mercantiles al disciplinar la determinación del Derecho aplicable a las “obligaciones convencionales relacionadas con ordenamientos jurídicos extranjeros” (artículos 29º y 30º de la *LDIPV*).

En el Derecho español, el dato clave distintivo entre contratos civiles y mercantiles radica en su vinculación con la noción de acto de comercio²²⁷, que se desarrolla en el artículo 2 del *CCE* al precisar que: “los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten y estén o no especificados en este Código, se registrarán por las disposiciones contenidas en él”²²⁸. No obstante, el legislador español exige la participación de un comerciante en los diferentes contratos como requisito necesario para considerarlos como mercantiles²²⁹. Además, el artículo 123 del *CCE* enuncia, entre las empresas mercantiles especiales por la índole de sus operaciones, las sociedades de crédito. Al punto, la *Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito* cita entre ellas a las “sociedades de arrendamiento financiero”. La norma contenida en el artículo 39 de la *Ley 26/1988* (nueva redacción del artículo 1º del *Real Decreto Legislativo 1298/1986*) establece que se considerarán, particularmente, entidades de crédito a las sociedades de arrendamiento financiero, entre otras²³⁰.

En el Derecho alemán, el artículo 343 del *Código de Comercio* de 1897 (*HGB*) incorpora una concepción predominantemente objetiva de la noción de acto de comercio al disponer que “Actos de comercio son todos los actos de un comerciante que pertenezca a la explotación de su industria mercantil”²³¹.

²²⁶ Por basarse el Derecho Mercantil venezolano en las categorías de acto de comercio y de comerciante para caracterizar la “mercantilidad” de los actos, es por lo que la doctrina suele clasificarlo como “sistema mixto”.

²²⁷ Es por esta razón que la doctrina lo clasifica como “predominantemente objetivo” (Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil, tomo I*, Caracas, UCAB, 1989, 3ª ed., p. 167).

²²⁸ Espluges Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 20.

²²⁹ *Ibidem*, pp. 20-21.

²³⁰ Villar Uribarri, *Régimen Jurídico del “leasing”...*, ob. cit., p. 111.

²³¹ Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil...*, ob. cit., tomo I, p. 165.

El Derecho mercantil francés recurre al sistema mixto cuando el artículo 632 del *Código de Comercio* dispone que “son actos de comercio todas las obligaciones entre negociantes, mercaderes y banqueros”; actos subjetivos que son regulados al lado de los actos objetivos enumerados en el mismo artículo. Se puede deducir que, en el sistema francés, no existen actos de comercio cuando el comerciante obra fuera del ejercicio de su profesión.²³²

II. Elementos de existencia y validez

Siguiendo las huellas de la Doctrina General del Contrato, la vestidura contractual del arrendamiento financiero mobiliario resulta del concurso de varios elementos, condiciones o requisitos (intrínsecos y extrínsecos) a los cuales se subordina el reconocimiento otorgado al poder de la voluntad individual por los diversos Derechos nacionales, para crear vínculos jurídicos mediante la figura del contrato. La importancia de cada uno de esos elementos y requisitos se pone de manifiesto en función de las diversas consecuencias que puedan emerger por la eventual falta de alguno de ellos: la ineficacia del contrato o su invalidez (nulidad o anulabilidad).²³³ En el ámbito de aplicación del DIPr, toma particular importancia su caracterización respecto de la determinación del Derecho extranjero aplicable a los diversos aspectos del arrendamiento financiero mobiliario internacional en cuanto a la formación, el contenido y la forma del contrato. Tales aspectos suelen ser agrupados, doctrinal o legalmente, de la siguiente manera: (1º) requisitos de existencia; (2º) Elementos esenciales específicos; (3º) elementos accidentales (modus, término y condición) y (4º) requisitos de validez.

A. Requisitos de existencia

Son elementos que tienen carácter constitutivo en cuanto que la falta de solo uno de ellos produce la nulidad absoluta del contrato; es decir, su inexistencia. Coincidentemente, las disposiciones contenidas en los artículos 1.141 del *CCV* y 1325 del *CCIT*²³⁴ los establecen expresamente: (1) el consentimiento o acuerdo de las partes; (2) el objeto, la causa lícita y la forma.

1. El consentimiento de las partes es un acto individual y personalísimo que constituye un *quid* complejo en el contrato de arrendamiento financiero mobiliario por ser un elemento

²³² *Ibidem*, p. 168.

²³³ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo I, p. 73.

²³⁴ El artículo 1.141 *CCV* dispone que “Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1. Consentimiento de las partes; 2. Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3. Causa lícita”. Por su parte, El artículo 1325 *CCIT* dice que “Son requisitos del contrato: 1) el acuerdo de las partes; 2) la causa; 3) el objeto; 4) la forma, cuando resultara prescrita por la ley bajo pena de nulidad (...)”.

necesario en virtud de su calificación de “contrato consensual”. Sobre este aspecto, cabe hacer referencia al contenido del epígrafe I(G) *supra* de este Capítulo.

2. El objeto, la causa y la forma. Respecto a la clase de bienes que pueden ser objeto de arrendamiento financiero mobiliario (*vid.* epígrafe II del Capítulo 2), la especie “muebles” tiene la calificación económica de “bienes de capital” o “bienes de equipo”, en tanto que pasen a formar parte de los “recursos materiales o de capital” de una empresa dedicada a la actividad productiva tanto de “bienes y servicios de consumo final” (bienes destinados a la satisfacción directa de las necesidades humanas: alimentos, vestidos, servicios domésticos de electricidad y agua potable) como de “bienes de capital físico o de inversión” (destinados a la producción de otros bienes productivos o a bienes muebles destinados a la prestación de servicios productivos: buques, aviones, maquinarias, máquinas-herramientas). Se excluyen de esta clasificación los “bienes muebles intermedios” (las materias primas o *commodities*²³⁵: petróleo, mineral de hierro) y, naturalmente, los bienes inmuebles. Cabe señalar que, para el economista, la sola denominación “capital” excluye lo que se conoce como “capital financiero.

La causa del arrendamiento financiero mobiliario es un elemento que juega un papel de mucha importancia, tanto en la calificación de su naturaleza como en la de su licitud²³⁶. Por ser un negocio consensual, tiene su causa en sí mismo (*sunt causa sui ipsius*)²³⁷. Es decir, es un contrato unitario con causa única. Es causa *leasing* y no la suma de las causas de las prestaciones que lo integran²³⁸. Por “causa del contrato”, considerado éste en su totalidad, hemos de entender la finalidad socio-económica concreta que le permite conseguir a las partes contratantes “lo querido”, cuyas legítimas expectativas son secundadas por el ordenamiento jurídico nacional. Si no se puede lograr tal finalidad por falta originaria de causa, el contrato se vuelve nulo²³⁹. Veamos, por ejemplo, la comparación entre dos contratos perfectamente diferenciables que teniendo la misma función de financiación (más no la misma causa) no tienen la misma finalidad socio-económica: un arrendamiento financiero mobiliario que en ciertos casos pudiera encubrir una auténtica venta a plazos con reserva de dominio, cuya finalidad exclusiva consiste en que el comprador adquiera la propiedad jurídica del bien mueble²⁴⁰.

Respecto de esta operación de crédito, la única razón de los plazos es facilitar al comprador el pago del precio fraccionadamente, quien “adquiere la propiedad de la cosa con el

²³⁵ Corporación Financiera Hispamer, *Jurídico Diccionario*..., ob. cit., p.41.

²³⁶ Lavalle Cobo, Jorge y Pinto, Carlos, *Leasing Mobiliario. Régimen legal, jurisprudencia nacional y extranjera, formularios*., Buenos Aires, Editorial Astrea. 1982, p. 98. En relación a la “causa ilícita”, *vid.* artículo 1.157 del CCV y el artículo 1343 del CCIT.

²³⁷ Díez-Picaso, Luís, El concepto de causa en el negocio jurídico, en: *Anuario de Derecho Civil*, 1963, tomo 16, pp. 3-32, esp. p. 32.

²³⁸ Manzano Solano, El contrato de Leasing..., ob. cit., p. 140.

²³⁹ Messineo, *Doctrina General*..., ob. cit., Tomo I, p. 113.

²⁴⁰ Cabanillas Sánchez, El leasing financiero y la Ley de Venta..., ob. cit., p. 777.

pago de la última cuota del precio” (en este sentido, la norma contenida en el artículo 1 de la *LVRD*); mientras que con el arriendo financiero mobiliario el objetivo perseguido por el Usuario es la adquisición de la propiedad económica de los bienes de equipo durante el tiempo convenido a cambio de una contraprestación dineraria, que al llegar a su término él podrá ejercer la denominada “triple opción” la cual engloba, entre otras, una opción de compra que excluye —al momento de la celebración del contrato— la transferencia de la propiedad jurídica;²⁴¹ en tanto que “son ventas a plazo, los arrendamientos de cosas muebles con la obligación de transmitir al arrendatario en cualquier tiempo la propiedad de las cosas arrendadas”, en virtud del artículo 1.579 *in fine* del *CCV*.

La forma en el contrato es indicada como elemento esencial para su existencia en diversos ordenamientos jurídicos nacionales (por ejemplo, en el artículo 1325(4) del *CCI*: “cuando resultara prescrita por la ley”). No obstante, la Doctrina General informa que “(...) para los contratos mobiliarios (...) no existe *de ordinario* carga de forma, de modo que son válidos aun estipulados verbalmente (*res mobilis res vilis*). Es esta la principal aplicación del principio de libertad de las formas en materia contractual”²⁴². Sin embargo, las partes contratantes pueden, en virtud de dicho principio, subordinar la existencia del contrato al otorgamiento de escritura pública o privada con la finalidad de darle seguridad y precisión al arrendamiento financiero mobiliario, en razón de la importancia que tienen los intereses económicos comprometidos en esta operación.

Al respecto, el Derecho mercantil considera la forma del contrato mercantil como un “requisito instrumental”. Al punto, el artículo 126 del *COCOV* dispone que “Cuando la ley mercantil requiere como necesidad de forma del contrato que conste por escrito, ninguna otra prueba de él es admisible, y a falta de escritura, el contrato se tiene como no celebrado”. Por ser el contrato de arrendamiento financiero mobiliario una figura que utiliza la propiedad jurídica del bien con fines de garantía, en la práctica suelen concluirse mediante el empleo de formularios redactados por la arrendadora financiera que contienen “condiciones generales de contratación”²⁴³ de las que se derivan limitaciones a la libertad contractual del Usuario en el marco del régimen de transferencia de los derechos reales mobiliarios. Pero la posibilidad de hacer valer *erga omnes* los derechos y obligaciones contenidos en el contrato de arrendamiento financiero mobiliario, hace necesario considerar las “formalidades de publicidad” como medio de contrarrestar el principio de propiedad aparente basado en la posesión del bien mueble (la propiedad económica) y en las consecuencias que produce de cara a la seguridad del tráfico²⁴⁴.

²⁴¹ En este sentido, la disposición contenida en el artículo 1 de la *LVRD*.

²⁴² Cremieux-Israel, *Leasing et credit-bail mobiliers...*, ob. cit., p. 15.

²⁴³ Bouza Vidal, *Las Garantías Mobiliarias...*, ob. cit., p. 245.

²⁴⁴ Sánchez Lorenzo, *Garantías Reales...*, ob. cit., p. 45.

En el Derecho privado venezolano no existe disposición expresa alguna que prevea la inscripción registral del contrato de arrendamiento financiero mobiliario²⁴⁵. Lo mismo puede decirse respecto del Derecho español. Sin embargo, “la *Orden de 16 de marzo de 1977* se limita a crear un Registro, dependiente de la Dirección General de Política financiera en el que deberán inscribirse las empresas de *leasing* pero nada dice respecto a la inscripción de sus operaciones”²⁴⁶. En vista de esta carencia, los operadores jurídicos españoles se vieron en la necesidad de aplicar, extensivamente, la *Ley de Venta a Plazos de 1965* a las operaciones de arrendamiento financiero, no sin afrontar una serie de problemas que han surgido como consecuencia de tal aplicación²⁴⁷.

No obstante, la jurisprudencia española ha reconocido a las empresas de arrendamiento financiero el derecho a reivindicar los bienes de su propiedad frente a terceros acreedores del Usuario.²⁴⁸ Actitud distinta fue observada en Francia, donde las formalidades de publicidad a las que son sometidas las operaciones de *crédit-bail* están definidas en el *Decreto No. 72-665 de 5 de julio de 1972*²⁴⁹ que revé un sistema de publicidad basado sobre un registro *ad hoc* de los contratos de *crédit-bail mobilier*²⁵⁰. Luego, si éste no es registrado, la empresa de *leasing* no podrá oponer su condición de propietario frente a los acreedores del Usuario, salvo que se pruebe que aquellos tenían conocimiento de la existencia del contrato. Parte de la doctrina ha señalado que, por este motivo, el contrato pudiera ser nulo²⁵¹. Igualmente, en el Derecho ecuatoriano, el artículo 1º del *Decreto sobre Leasing o Arrendamiento Financiero*²⁵² exige “(…)

²⁴⁵ En Venezuela, sin embargo, la venta a plazos con reserva de dominio (figura contractual que, como el leasing financiero mobiliario, utiliza la propiedad con fines de garantía) debe constar de documento auténtico, legalmente reconocido o simplemente de fecha cierta para que tengan efecto con respecto a terceros, en la forma como lo prescribe el artículo 5 de la *LVRD*. De manera semejante, la Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (garantías mobiliarias basadas en el derecho de prenda) deberán constituirse indispensablemente mediante instrumento público o instrumento privado autenticado o reconocido. Tal instrumento deberá ser inscrito en el Registro Público de la manera prescrita en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión; tal como lo dispone el artículo 4 de dicha Ley.

²⁴⁶ Bouza Vidal, *Las Garantías Mobiliarias...*, ob. cit., p. 64.

²⁴⁷ Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978, en: Cabanllas Sánchez, A., *El leasing financiero y la ley de venta a plazos...*, ob. cit., pp. 769-785.

²⁴⁸ Bouza Vidal, *Las Garantías Mobiliarias...*, ob. cit., p. 65.

²⁴⁹ Cinco años antes, el artículo segundo de la *Ordenanza número 67-837, del 28 de septiembre de 1967*, señalaba que la *Ley número 66-455, del 2 de julio de 1966*, relativa a las empresas que practican *crédit-bail*, se completa con —entre otros— el artículo primero, numeral tercero, el cual dispone que las operaciones de *credit-bail*, mencionadas en el artículo 1, son sometidas a una publicidad cuyas modalidades son fijadas por decreto, el cual precisará las condiciones en las que la falta de publicidad entraña la posibilidad de oposición a los terceros. *vid. Coillot, El leasing...*, ob. cit., pp. 251 y 255.

²⁵⁰ Los contratos de *crédit-bail mobilier* se inscriben en la *greffe* del tribunal de *comerce* o en la *greffe du tribunal de grande instance* del lugar donde radica el Registro Mercantil en el que está inscrito el *crédit-prenneur* (el Usuario) o, en caso contrario, del domicilio correspondiente al *crédit-baillieur* (la Arrendadora). *Vid. Giovanoli, Le Crédit-bail...*, ob. cit., p. 144-145. También, Cremieux-Israel, *Leasing et credit-bail mobiliers...*, ob. cit., pp. 147-148.

²⁵¹ De Leysac, Lucas, *L'obligacion de publier les contrats de credit-bail mobiliers et son application dans le temps*”, en: *Recueil Daloz Sirey Chronique IV*, Daloz Sirey, Paris, 1975, pp. 23- 30.

²⁵² Ecuador: Decreto sobre Leasing o Arrendamiento Financiero de 22 de diciembre de 1978, en: *Revista de Derecho Mercantil*, 1986, año 1, No.1, p. 189-191.

que el contrato se celebre por escrito y se inscriba en el Libro de Arrendamientos Mercantiles que al efecto llevará el Registrador Mercantil del respectivo cantón (...).”

B. Elementos esenciales específicos

Paralelamente a los elementos esenciales genéricos, existen estos elementos que, aunque pudieran no ser recogidos por el legislador, su falta no permitiría la estructuración del contrato de arrendamiento financiero. Tal falta pudiera derivar, al menos, en su desnaturalización, deviniendo en otra figura contractual. Sin constituir un *numerus clausus*, estos elementos son: (1º) la duración del contrato; (2º) el precio contractual; (3º) la denominada “triple opción” y (4º) el valor residual.

1. La duración del contrato es considerada por la doctrina española especializada en arrendamiento financiero mobiliario, como “el período comprendido entre la firma del documento que formaliza la operación y el momento pactado para la finalización de la disponibilidad económica del bien”²⁵³. Su extensión suele establecerse en base a la estimación que hagan las partes contratantes sobre la presunta “vida útil” del bien en el momento de la celebración del contrato, entre otros aspectos de índole fiscal y financieros²⁵⁴. Es decir que la “duración de la relación de uso” es ligeramente inferior a la “vida técnico-económica” del bien²⁵⁵. Pero ésta podría acortarse en razón de su obsolescencia durante la ejecución del Contrato por aparecer en el mercado nuevos equipos de mayor rendimiento que desplacen al bien actual.

Esta razón bien pudiera justificar por qué en España los contratos de arrendamiento financiero mobiliario deben tener, legalmente, una duración mínima de dos años. Pero, el Gobierno podrá establecer lapsos mínimos de ejecución del Contrato en función de las características propias de los diversos bienes que puedan ser su objeto, a efectos de evitar prácticas abusivas²⁵⁶. En Francia, la duración del contrato debe ser inferior al tiempo de vida útil del bien²⁵⁷. En Bélgica, el estatuto jurídico de las arrendadoras financieras organizado por el *Decreto Real No. 55 de 10 de noviembre de 1967* señala esencialmente que la duración del Contrato se corresponda con presunta de utilización económica del bien²⁵⁸.

²⁵³ En este sentido, De la Cuesta Rute, Reflexiones... , ob. cit., p. 592. Igualmente, Segurado Llorente, *El leasing...*, ob. cit., p. 53. También, Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario Jurídico*, ob. cit., p. 60.

²⁵⁴ Se puede entender por vida útil del bien “el período en el cual un bien de capital extingue el valor por el cual fue contabilizado mediante las amortizaciones realizadas” *Vid.* Lavalle Cobo y Pinto, *Leasing mobiliario...*, ob. cit., p.107.

²⁵⁵ Villar Urribarí, *Régimen jurídico del leasing...*, ob. cit., p. 50.

²⁵⁶ Disposición Adicional séptima, numeral 2 de la *Ley 26/1988, de 29 de julio; sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*.

²⁵⁷ Cremieux-Israel, *Leasing et crédit-bail mobiliers...*, ob. cit., p. 30.

²⁵⁸ Giovanoli, *Le crédit-bail...*, ob. cit., p. 172.

En Ecuador, la duración forzosa de los contratos de “arrendamiento financiero mercantil de bienes muebles” se entenderá que ha de coincidir con su lapso de vida útil²⁵⁹. En Venezuela, el artículo 120 de la *LGBOIF* sólo hace referencia a “un período determinado” sin fijar un límite inferior para la duración del contrato de arrendamiento financiero.

2. El precio contractual es una especialidad del arrendamiento financiero. Consiste en la cantidad dineraria convenida que debe pagar el Usuario a la Arrendadora Financiera como contraprestación al cumplimiento de las obligaciones que ésta asume y las prestaciones que debe realizar en favor de aquel²⁶⁰. Este precio tiene como peculiaridad su elevada cuantía que resulta de la integración de diversos factores, por lo cual su cumplimiento debe fraccionarse mediante el pago de cuotas periódicas lo que ha generado su clasificación de “contrato de tracto sucesivo”.

En el Derecho venezolano, la *LGBOIF* indica expresamente la composición de esta contraprestación dineraria: “amortización del precio, intereses, comisiones y recargos previstos en el contrato”²⁶¹. De esta composición pudiera inferirse que el Impuesto al Valor Agregado (IVA) no forma parte del precio contractual. En relación con los intereses, “(...) deberán calcularse tomando en cuenta las amortizaciones del precio pagado por la arrendadora al adquirir el bien objeto del contrato”. Igualmente, se acentúa que la Arrendadora Financiera amortice íntegramente el precio que ha pagado al Proveedor por adquirir el bien. Este componente no es tomado en cuenta aisladamente por la Ley sino en conexión con el lapso del arrendamiento (*Vid.* “La duración del contrato” *supra*), el valor de rescate (*Vid.* “El valor residual” *infra*) y la eventual “opción de compra”²⁶² (*Vid.* “La ‘triple opción’ del usuario” *infra*). Luego, se puede observar que la amortización del precio preside la operación de arrendamiento financiero. En este contexto, el Derecho belga hace referencia a la amortización del precio mediante el pago de las rentas del Usuario como característica esencial. No así el Derecho francés.

3. La “triple opción” del usuario representa las alternativas que pueden ser exigidas a la Arrendadora al vencimiento del Contrato. Es la denominación que usa la doctrina española para hacer referencia a la elección que finalmente se le ofrece *ipso jure* al Usuario consistente en devolver el bien, comprarlo o renovar el contrato de *leasing*; teniendo como base el importe del denominado “valor de rescate”²⁶³. El Derecho español dispone expresamente que “el contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción a compra, a su término,

²⁵⁹ Artículo 2º del Decreto ecuatoriano sobre *Leasing* o *Arrendamiento Financiero* de 22 de diciembre de 1978, en: *Revista de Derecho Mercantil*, año 1, No. 1, Caracas, 1986, pp. 189-191.

²⁶⁰ Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario...*, ob. cit., p. 112.

²⁶¹ Parágrafo primero del artículo 120 *in fine* de la *LGBOIF*.

²⁶² Parágrafo tercero del artículo 120 de la *LGBOIF*.

²⁶³ Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario...*, ob. cit., p. 102.

a favor del usuario. Cuando por cualquier causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario (...)²⁶⁴.

En Ecuador, el *Decreto sobre Leasing o Arrendamiento financiero* de 22 de diciembre de 1978 dispone que al finalizar el “plazo inicial forzoso” (duración del contrato) el arrendatario tiene los siguientes derechos alternativos: 1. Comprar el bien por el precio acordado para la opción de compra o valor residual previsto en el contrato, que no será inferior al 20% del total de las rentas devengadas; 2. Prorrogar el contrato por un plazo adicional, durante el cual la renta deberá ser inferior a la pactada originalmente; 3. Recibir una parte inferior al valor residual del precio en que el bien sea vendido a un tercero y, 4. Recibir en arrendamiento mercantil un bien sustitutivo al cual se apliquen las condiciones previstas en el artículo 1º del Decreto²⁶⁵. A efectos de complementar este elemento esencial específico, es procedente hacer referencia al epígrafe IV(D) del Capítulo 2 sobre “las opciones del usuario al vencimiento del contrato”.

4. El valor residual consiste en el importe del precio convenido en el contrato de arrendamiento financiero mediante el cual podría el Usuario adquirir el bien en propiedad jurídica, caso de ejercer la opción de compra al término de la correspondiente operación²⁶⁶. En caso de que el arrendatario financiero optara por concertar un nuevo contrato sobre el mismo bien, dicho “valor de rescate” es básico para la determinación del nuevo precio en el contrato renovado. En el Derecho privado venezolano se establece una clara diferencia entre el “valor de la opción de compra” y el “valor residual” o “valor de rescate”. Al punto, la *LGBOIF* dispone que “(...) el precio de venta, en caso de que se ejerza la opción de compra al vencimiento del contrato, no podrá exceder del valor de rescate, el cual deberá fijarse en el contrato de arrendamiento financiero (...)²⁶⁷.”

El Derecho español califica igualmente al valor residual al establecer que las sociedades de arrendamiento financiero deberán amortizar el coste de sus inversiones —deducido el valor residual de las mismas— en el plazo de duración de los respectivos contratos²⁶⁸. Pero posteriormente, dicha denominación desaparece en la vigente *Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* al sustituirla por la de “valor consignado en el contrato para el ejercicio de la opción de compra”²⁶⁹.

²⁶⁴ Disposición Adicional séptima de la *Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*.

²⁶⁵ Artículo 1º(e) del *Decreto sobre Leasing o Arrendamiento financiero* de 22 de diciembre de 1978.

²⁶⁶ Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario...*, ob. cit., p. 143.

²⁶⁷ Párrafo primero del artículo 121 de la *LGBOIF*.

²⁶⁸ Numeral primero del artículo 25 del *Real Decreto-Ley 1511/1977 de 25 de febrero, sobre Medidas Fiscales, Financieras y de Inversión Pública* (BOE de 28-11-77).

²⁶⁹ Disposición Adicional séptima, numeral 7 de la *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*. Vid. Villar Urbarri, *Régimen...*, ob. cit., p. 31.

Para el Derecho ecuatoriano, el valor residual previsto en el contrato no será inferior al 20% del total de rentas devengadas²⁷⁰. Tal valor será considerado como la base imponible para efectos del cálculo de los impuestos fiscales o municipales que graven la transferencia de dominio en el caso que el arrendatario (usuario) ejerciera la opción de compra²⁷¹. Pero si el arrendatario decide no ejercer las otras opciones que, alternativamente, le otorga la ley al finalizar “el plazo inicial forzoso” (duración del contrato), entonces puede “recibir una parte inferior al valor residual del precio en que el bien sea vendido a un tercero”²⁷².

C. Los elementos accidentales: *modus*, término y condición

Estos elementos tienen como presupuesto indispensable “la declaración de voluntad de las partes”; de tal forma que una vez que éstas los hayan incorporado al contrato se toman tan relevantes jurídicamente como lo son los elementos esenciales; determinando alteraciones en el efecto típico del contrato al que modifican, comprometiendo su validez.

1. El *modus* implica precisamente una medida o limitación del alcance económico del contrato que se traduce en una alteración de su efecto, al menos parcialmente. Por lo tanto, no sería pertinente incorporar el *modus* al contrato oneroso (y si se incorporara sería ineficaz o nulo) porque en este tipo de contrato existen prestaciones correlativas que se traducen en ventajas para ambas partes. En términos del artículo 1.135 del *CCV* “cada una de las partes trata de procurarse una ventaja mediante un equivalente”. Por lo tanto, el *modus* en el contrato de arrendamiento financiero constituiría una verdadera redundancia²⁷³.

2. El término tiene particular importancia en el arrendamiento financiero. En primer lugar, la llegada del “término final” o resolutorio que es el momento pactado para la finalización o cese del uso del bien. Este momento final genera dos consecuencias: (1ª) ordinariamente, la extinción del contrato; finalizando con ello la titularidad de la propiedad económica respecto del bien; (2ª) surge la posibilidad cierta para el arrendatario de ejercer la “triple opción”. En segundo lugar, el denominado “término inicial” convenido en función de la estimación de la vida útil (duración presunta de utilización económica del bien) sobre la que se suele estimar la “duración del contrato”; al momento de su celebración. “Su ausencia puede entrañar la inexistencia o la desnaturalización del leasing financiero”²⁷⁴.

3. La condición es un acontecimiento futuro e incierto, a cuya verificación las partes subordinan la eficacia del contrato (condición suspensiva) o bien, la resolución del contrato

²⁷⁰ Artículo 1º(e.1) del *Decreto sobre Leasing o Arrendamiento financiero* ecuatoriano.

²⁷¹ Artículo 4º del *Decreto sobre Leasing o Arrendamiento financiero* ecuatoriano.

²⁷² Artículo 1º(e.3) del *Decreto sobre Leasing o Arrendamiento financiero* ecuatoriano.

²⁷³ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo I, p. 214.

²⁷⁴ Escobar Gil, Rodrigo, *El contrato de Leasing Financiero*, Bogota, Temis, 1984, p. 63.

(condición resolutoria). Podría pactarse la resolución del contrato con la exigibilidad de pago de las cuotas correspondientes al período aun no transcurrido cuando se verifique la falta de pago de un número determinado de cuotas (vencimiento anticipado)²⁷⁵. En tal situación puede proceder una *conditio iuris* por imperio de la ley como una limitación a la voluntad de las partes²⁷⁶. El Derecho venezolano contiene una *conditio iuris* en la disposición que regula los intereses moratorios causados por la mora en el pago de las cuotas de arrendamiento financiero y su manera de calcularlos²⁷⁷. El Derecho ecuatoriano también contiene una *conditio iuris* cuya verificación le otorga al arrendador el derecho de recuperar inmediatamente la cosa arrendada al acontecer: el incumplimiento del contrato por parte del arrendatario; la muerte o la disolución de éste o, el embargo o prohibición de enajenar (...) ²⁷⁸.

D. Requisitos de validez

La doctrina tradicional informa que bajo esta calificación están aquellos presupuestos que ejercen una función integradora respecto al contrato, aun siéndole extrínsecos de tal manera que la ausencia de tan sólo uno de ellos tendría como efecto la anulabilidad o nulidad relativa del contrato²⁷⁹. En este contexto, el legislador venezolano ha dispuesto en el artículo 1.142 del *CCV* que “El contrato puede ser anulado: 1. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2. Por vicios del consentimiento”. Esto significa, en primer lugar, que los tres sujetos que se relacionan en una operación de arrendamiento financiero deben reunir los requisitos legales que le otorguen la cualidad para ser partes contratantes o sujetos con capacidad de contratar; so pena de acarrear la invalidación del correspondiente contrato. En segundo lugar, que el consentimiento —elemento esencial de existencia del contrato— haya sido otorgado libre de un error excusable, sin violencia y exento de dolo²⁸⁰.

1. Capacidad de las partes. En principio, las normas que rigen la capacidad de las personas *latu sensu* tienen por objetivo establecer una aptitud cierta, independientemente del lugar donde actúa. En este sentido, en casos de aplicación del Derecho Internacional Privado venezolano, la capacidad de las personas físicas se rige por el Derecho de su domicilio²⁸¹; y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por el Derecho del lugar de su constitución²⁸², calificando como tal aquel lugar donde se cumplan los requisitos de forma y

²⁷⁵ Sentencia de la *Audiencia Territorial de Barcelona*, España; 14-IV-1984, y la Sentencia del *Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Granada*, 25-XI-1988. *Vid.* Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario...* ob. cit., pp. 144-146).

²⁷⁶ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo I, p. 208.

²⁷⁷ Artículo 120 *in fine* de la *LGBOLF*.

²⁷⁸ Artículo 7º del *Decreto sobre Leasing o Arrendamiento financiero* ecuatoriano.

²⁷⁹ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo I, p. 73. Igualmente, Melich-Orsini, *Doctrina General...*, ob. cit., p. 73.

²⁸⁰ Artículo 1.146 del *CCV*. Igualmente, el artículo 1427 del *CCIT*.

²⁸¹ *Vid.* Artículo 16º de la *LDIPV*.

²⁸² *Vid.* Artículo 20º de la *LDIPV*.

fondo requeridos a tal efecto. De manera distinta, en Polonia la *Ley sobre Derecho Internacional Privado* dispone “la capacidad jurídica y la capacidad de ejercicio de una persona física están sometidas a su ley nacional”, mientras que “la capacidad de una persona moral está sometida a la ley del Estado en el cual se encuentra su sede social”²⁸³.

La capacidad de contratar de los sujetos que intervienen en el arrendamiento financiero constituye una especie de capacidad —más allá de la aptitud cierta que tiene cada sujeto de estipular por *si* el contrato— que viene caracterizada por la reunión de diversos requisitos. En primer lugar, los sujetos deben tener la cualidad de comerciante, lo cual supone, en su persona, la simultaneidad de la capacidad para contratar, la de ejecutar ejecución de actos de comercio y que éstos lo sean de manera habitual²⁸⁴, ejercidos en forma reiterada, permanente y profesional.²⁸⁵ En segundo lugar, la Arrendadora debe cumplir además con requisitos legales estrictos. Al respecto, la *LGBOIF* dispone que la arrendadora financiera debe ser una institución financiera especializada²⁸⁶, cuya promoción, constitución y funcionamiento están regidos por esta Ley²⁸⁷. Además, han de tener como objeto la realización de operaciones de arrendamiento financiero —mobiliario e inmobiliario— de manera habitual y regular²⁸⁸.

En España, las Entidades que tengan habitualmente por objeto la realización de operaciones de arrendamiento financiero, habrán de reunir, entre otros, los siguientes requisitos: revestir la forma de Sociedad Anónima, circunscribir su objeto exclusivamente al ejercicio de tales operaciones, figurar inscritas en el Registro especial que tiene bajo su responsabilidad el Banco de España²⁸⁹. Es consustancial con la operación de arrendamiento financiero mobiliario que sea el Usuario —como agente económico o unidad económica de producción— quien aporte las especificaciones técnicas del bien que será destinado a sus explotaciones empresariales o profesionales; porque la cualidad de Usuario es otorgada expresamente por la Ley a aquellos sujetos que destinan los bienes por ellos especificados “únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales”²⁹⁰. Finalmente, la figura del Proveedor debe estar caracterizada tanto por su cualidad de

²⁸³ Ordinales 1 y 2 del artículo 9 de la *Ley Polaca sobre derecho Internacional Privado*, en: Maekelt, Tatiana, *Material de Clase para Derecho Internacional Privado*, Caracas, FCJPUCV, 1995, 3ª ed., tomo 1, p. 374.

²⁸⁴ *Vid.* Artículo 10 del *COCOV*. También, la *Sentencia de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del D.F. y Estado Miranda, número 175 de 01 de marzo de 1962*, en: Lazo, Oscar, *Código de Comercio de Venezuela*, Caracas, Edic. Legis, 1969, pp. 80 - 82.

²⁸⁵ *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Mercantil del D.F. de 18 de julio de 1952*, Jurisprudencia de los Tribunales de la República, vol. 11, p.116, en: Lazo, Oscar, *Código de Comercio...ob. cit.*, p. 82.

²⁸⁶ Artículo 117 de la *LGBOIF*.

²⁸⁷ Artículos 7 a 23 de la *LGBOIF*.

²⁸⁸ Artículo 117 de la *LGBOIF*.

²⁸⁹ Artículo 22 del *Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre Medidas Fiscales, Financieras y de Inversión Pública*. También, el artículo 43 de la *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*.

²⁹⁰ Disposición Adicional séptima, ordinal primero, de la *Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*.

comerciante como por su capacidad, no jurídica, de poder fabricar o suplir el bien mueble especificado por el Usuario.

2. Vicios del consentimiento²⁹¹. Su regulación es considerada con cierta amplitud en los sistemas jurídicos del *civil law*, con la finalidad de evitar *perturbaciones* (vicios) en el proceso de formación del concurso de voluntades declaradas (*iter voluntatis*), independientemente de quienes sean las partes contratantes²⁹². La norma contenida en el artículo 1.146 del *CCV* establece como causas de posible impugnación del contrato las figuras de: el error, la violencia y el dolo. En el mismo sentido, el artículo 1427 del *CCIT*.

En relación con el contrato de arrendamiento financiero mobiliario es pertinente comentar, en primer lugar, que la preparación de las especificaciones del bien requerido por parte del “interesado” (potencial Usuario) evita la posibilidad de cometer “error en el objeto del contrato”. Igual sucede respecto de la comisión de un “error sobre la identidad o cualidades del Proveedor” que es otra de las tres partes que intervienen en este contrato complejo. En segundo lugar, es posible la comisión de un “error sobre la naturaleza del contrato” (*errore in negotio*) cuando, por ejemplo, el que yerra estipula un *leasing* operativo en lugar de un arrendamiento financiero; en cuyo caso se podría apreciar un “error sobre la causa del contrato” debido a la confusión entre dos contratos con causa única²⁹³. En tercer lugar, respecto de la comisión de violencia o de dolo por una de las partes contratantes, el contrato de arrendamiento financiero puede servir de expediente para conseguir fines distintos de los queridos por el legislador. Es un medio hábil para defraudar intereses ajenos; porque su carácter de instrumento de financiación facilitaría la realización, a través de él, de conductas que pudieran ser objeto de tipificación por el Derecho penal²⁹⁴.

Capítulo 5. Leasing financiero en el Derecho comparado

La muy escasa reglamentación sobre el arrendamiento financiero en el Derecho venezolano origina la necesidad de recurrir al Derecho comparado con la pretensión de conocer las soluciones que ofrecen, sobre esta materia, algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, tanto de *common law* como de *civil law* a efectos de generar algunas reflexiones respecto del

²⁹¹ El maestro italiano Francesco Messineo ha escrito (*Doctrina General...*, ob. cit., Tomo I, p. 123) que “es impropio hablar de vicio ‘del consentimiento’ (a menos que el término ‘consentimiento’ sea usado en sentido, terminológicamente impropio, de voluntad singular) si por éste ha de entenderse —como se debe— aquel fenómeno complejo resultante de la combinación de dos o más voluntades que no puede ser influenciado por vicios que, por su naturaleza subjetiva, pueden ejercer su acción tan sólo sobre la formación de voluntades singulares, esto es, sobre un sujeto singular. Y esto es tan cierto que, a defenderse contra dicho vicio, sólo está admitido el contratante que es víctima del mismo”.

²⁹² Artículos 1.146 a 1.154 del *CCV*. También los artículos 1427 a 1440 del *CCIT*.

²⁹³ *Vid.* epígrafe II(A.2) del Capítulo 4.

²⁹⁴ Villar Urribarri, *Régimen jurídico...*, ob. cit., p. 231.

Derecho positivo venezolano. En primer lugar, revisamos el Derecho norteamericano, por ser el país donde se origina el *leasing*. Seguidamente, se estudia su disciplina jurídica en la provincia canadiense de Quebec; porque allí se establece una clara diferenciación entre los contratos de arrendamiento (*lease*) y el *leasing* (contrato de financiación). A continuación acudimos a las legislaciones española y francesa, por su marcada influencia en los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos es indudable. Por lo tanto, recurrimos a los Derechos colombiano y argentino. Finalmente, revisaremos el Derecho argelino porque contiene disposiciones que hacen referencia al *leasing internacional* como también lo hace el Derecho colombiano.

I. En el Derecho norteamericano

Suele afirmarse que el *leasing* se originó en este país como medio de atribuir a las empresas financieras una garantía sólida sobre la devolución de los préstamos otorgados²⁹⁵. En la actualidad, el amparo normativo de las operaciones de *Finance Lease* (leasing financiero) se encuentra en el artículo 2A del *Uniform Commercial Code*²⁹⁶ incluyendo sus concordancias con los artículos 2 y 9 *eiusdem* relativos, respectivamente, a las materias de *Sales* y *Secured Transactions*. Al respecto, esta codificación ha apuntado hacia la solución de tres importantes problemas²⁹⁷. En primer lugar, la necesaria definición de *lease*²⁹⁸ a efectos de determinar cuándo una determinada transacción crea un verdadero *lease* o un *security interest* (garantía sin desposesión) disfrazado de *lease*. Si este es el caso, el arrendador (*lessor*)²⁹⁹ deberá registrar un

²⁹⁵ Sobre el origen del leasing financiero en Estados Unidos de Norteamérica, *vid.* Giovanoli, *Le Crédit-Bail ...*, ob. cit., pp. 74 y ss.

²⁹⁶ El *Uniform Commercial Code*, aunque no constituye una Ley Federal en U.S.A., ha sido adoptado por todos los Estados de la Unión, con excepción de Louisiana y el Estado Asociado de Puerto Rico. A pesar de algunas variaciones en cuanto a sus artículos, y a su aplicación de Estado en Estado, la uniformidad del *Code* ha facilitado las transacciones comerciales entre los diferentes Estados de la Unión. La mayor parte del *UCC* se aplica sólo a las transacciones de bienes muebles (*vid.* Berenson, William, *Conceptos Básicos de Derecho Estadounidense: Contratos*, en: Seminario dictado en el CEP de la FCJPUVCV, Caracas, Febrero de 2001, p.16). Los objetivos primordiales (*underlying purposes*) que persigue el *Code* se pueden resumir en los siguientes términos: a) simplificación, esclarecimiento y modernización del Derecho que rige los actos de comercio (*commercial transactions*); b) facilitar la expansión continua de las prácticas comerciales (*commercial practices*) y, c) la unificación del Derecho entre las diversas jurisdicciones (Santa-Pinter, J. J., *Objetivos del Uniform Commercial Code*, en: *Revista de Derecho Mercantil*, 1963, No. 88, pp. 323-329).

²⁹⁷ *Vid.* ALI & NCCUSL, *Uniform Commercial Code (Official Text with Comments)*, New York, Gould Publications, 1990, pp. 168-1 ss., esp. pp. 168-4 y 168-5.

²⁹⁸ Section 2A-103(1)(0) del *UCC*: “*Lease means a transfer of the right of possession and use of goods for a term in return for consideration, but a sale, including a sale on approval or a sale or return, or retention or creation of a security interest is not a lease. Unless the context clearly indicates otherwise, the term includes a sublease*”. Esta definición de *lease* pretende excluir cualquier “*lease*” aplicado como garantía; por lo que esta última revisión del *UCC* agudiza la distinción entre *Lease* y *Security Interest* disfrazado de “*lease*”. No obstante, “*the lease is closer in spirit and form to the sale of goods than to the creation of a security interest*”; aunque “*(...) the definition of lease does not include a sale (...)*” (ALI & NCCUSL: *Uniform Comercial Code...*, ob. cit., pp. 168-5, 168-7 y 168-9).

²⁹⁹ Section 2A-103(1)(p) del *UCC*: “*Lessor means a person who transfers the right to possession and use of goods under tease. Unless the context clearly indicates otherwise, the term includes a sublessor*”.

estado financiero o tomar otra acción para perfeccionar sus derechos sobre los bienes (*goods*)³⁰⁰ ante terceros. Tales requerimientos no existen con respecto de *leases*.

En segundo lugar, si la transacción es un *security interest* disfrazado de *lease*, los recursos disponibles por el *lessor* contra el incumplimiento del arrendatario (*lessee*)³⁰¹ están contenidos en la Parte 5 del artículo 9 del *UCC* sobre *Secured Transactions*. En tercer lugar, si la negociación tiene por finalidad la transferencia del bien (*sale*) entonces aplican las garantías dispuestas expresamente en el artículo 2 del *CCU* cuando la parte que adquiere el derecho de posesión y uso del bien deba honrar una garantía al *lessee*. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 2A del *UCC*³⁰² relativo al *lease* de bienes muebles (*goods*) aplica a cualquier negociación que origine un *lease* sin considerar la forma de ella (Sección 2A-102 *UCC*90). Así, a pesar del extensivo esquema regulatorio establecido en este artículo, las partes que intervienen en un *lease* podrán crear reglas privadas para regir su transacción en base a las Secciones 2A-103(4) y 1-102(3) del *UCC*³⁰³.

El *UCC-Leases* establece una clara diferenciación categórica entre las transacciones denominadas “leasing financiero” (*Finance Lease*)³⁰⁴ y “leasing con consumidores” (*Consumer Lease*)³⁰⁵. No obstante, para que una negociación pueda calificar como *finance lease* o como *consumer lease* debe calificar primeramente como un *lease*³⁰⁶. La descripción de *finance lease* se concentra en la transacción tripartita y no en el estatus de las partes contratantes. El “acuerdo de leasing” (*lease agreement*)³⁰⁷ podría incluir cláusulas en beneficio del *lessor* creadas por el subgrupo de normas aplicables a la transacción que califica como *finance lease* de acuerdo con la Sección 2A-103(1)(k) del *UCC*. A fin de evitar confusiones, es importante notar que en otros contextos (por ejemplo, contable y fiscal) el término *finance lease* ha sido utilizado para

³⁰⁰ Section 2A-103(1)(h) del *UCC*: “Goods means all things that are movable at the time of identification to the lease contract, or are fixtures (Section 2A-309), but the term does not include money, documents, instruments, accounts, chattel paper, general intangibles, or minerals or the like, including oil and gas, before extraction. The term also includes the unborn young animals”.

³⁰¹ Section 2A-103(1)(n) *UCC*90: “Lessee means a person who acquires the right to possession and use of goods under lease. Unless the context clearly indicates otherwise, the term includes a sublessee”.

³⁰² Section 2A-101 *UCC*, “This Article shall be known and may be cited as the Uniform Commercial Code-Leases”.

³⁰³ *ALI & NCCUSL, Uniform Commercial Code...*, ob. cit., p. 168-8.

³⁰⁴ Section 2A-103(1)(g) *UCC*90: “Finance lease means a lease in which (i) the lessor does not select, manufacture, or supply the goods, (ii) the lessor acquires the goods or the right to possession and use of the goods in connection with the lease, and (iii) either the lessee receives a copy of the contract evidencing the lessor’s purchase of the goods on or before signing the lease contract, or the lessee’s approval of the contract evidencing the lessor’s purchase of the goods is a condition to effectiveness of the lease contract”.

³⁰⁵ Section 2A-103(1)(e) *UCC*90, “Consumer lease means a lease that a lessor regularly engaged in the business of leasing or selling makes to a lessee, except an organization, who takes under the lease primarily for a personal, family, or household purpose, if the total payments to be made under the lease contract, excluding payments for options to renew or buy, do not exceed \$25,000,00”.

³⁰⁶ *ALI & NCCUSL, Uniform Commercial Code...*, ob. cit., p. 168-12.

³⁰⁷ Section 2A-103(1)(k) *UCC*90, “Lease agreement means the bargain, with respect to the lease, of the lessor and the lessee in fact as found in their language or by implication from other circumstances including course of dealing or usage of trade or course of performance as provided in this Article. Unless the context clearly indicates otherwise, the term includes a sublease agreement”.

denominar diversos tipos de negociaciones, incluyendo *leases* disfrazados de *secured transactions*³⁰⁸. Por otra parte, la definición de *Consumer Lease* se enfoca tanto sobre las partes contratantes como sobre la transacción. Es decir, si un *lease* está dentro de la categoría de así definida, el *lessor* debe realizar de manera habitual transacciones de *leasing* o de *selling*. Pero el *lessee* debe ser un individuo, no una organización. Cabe destacar que dos o más individuos con un interés común (por efectos del matrimonio, por ejemplo) no deberían ser considerados como una organización y, por lo tanto, ser excluidos de una operación de *lease* en virtud de la *Section 1-201(28)* del *UCC*. Así, el *lessee* debe tomar interés principalmente en los propósitos personales, familiares y domésticos³⁰⁹. Al respecto, el *UCC-Leases* está sujeto a los estatutos de protección al consumidor vigentes, a efectos de evitar conflictos con ellos en virtud de la *Section 2A-104(1)(a)* y *(d)* del *UCC*. Además, ciertas protecciones al consumidor han sido incorporadas en el artículo 2A del *UCC90*³¹⁰.

II. En el Derecho de la Provincia de Quebec

Las normas contenidas en los artículos 1842 a 1850 del *CCQ* disciplinan el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero mobiliario (*Crédit-Bail*) ubicándolo entre los contratos nominados, diferenciándolo claramente del contrato de arrendamiento (*lease* o *louage* o *bail*), definido en el artículo 1851 del *CCQ*.³¹¹ A tal efecto, el artículo 1842 del *CCQ* dispone categóricamente que “*Leasing is a contract by which a person, the lessor, puts movable property at the disposal of another person, the lessee, for a fixed term and in return for payment. The lessor acquires the property that is the subject of the leasing from a third person, at the demand and in accordance with the instructions of the lessee*”. En su párrafo final, esta norma prescribe con precisión que “*Leasing may be entered into for business purposes only*”. En virtud del artículo 1843 del *CCQ* el bien mueble objeto de *leasing* conserva su naturaleza mobiliaria mientras dure el contrato con tal que no pierda su individualidad.

La arrendadora (*the lessor* o *le crédit-bailleur*) debe declarar o denunciar el “contrato de leasing” en el acto de la adquisición del bien (*the movable property*) en virtud del artículo 1844 del *CCQ* para que, en virtud del artículo 1847 del *CCQ*, sus derechos de propiedad puedan ser oponibles a terceros sólo si han sido publicados. El proveedor del bien (*the seller* o *le vendeur*) está directamente vinculado con el usuario (*the lessee* o *le crédit-preneur*) por garantías legales y convencionales inherentes al contrato de venta (el convenio de suministro o *supply*

³⁰⁸ ALI & NCCUSL, *Uniform Commercial Code...*, ob. cit., pp. 168-12 y 168-13.

³⁰⁹ ALI & NCCUSL, *Uniform Commercial Code...*, ob. cit., p. 168-12.

³¹⁰ ALI & NCCUSL, *Uniform Commercial Code...*, ob. cit., p. 168-6.

³¹¹ Artículo 1851 del *CCQ*: “*Lease is a contract by which a person, the lessor, undertakes to provide another person, the lessee, in return for a rent, with the enjoyment of a movable or immovable property for a certain time. The term of a lease is fixed or indeterminate*”.

agreement) en virtud del artículo 1845 del *CCQ*. Por su parte, el *lessee* asume todos los riesgos derivados de la pérdida del bien, aun por causas de fuerza mayor, desde el momento en que toma posesión del bien. Igualmente, el *lessee* asume todos los gastos de mantenimiento y de reparación en virtud del artículo 1846 del *CCQ*. Pero el *lessee* podrá considerar la resolución del contrato si el bien no le es entregado dentro de un lapso razonable posterior a la formación del contrato o al plazo de entrega convenido en virtud del artículo 1848 del *CCQ*. Al finalizar el “acuerdo de leasing”, el *lessee* está obligado a devolver el bien al *lessor*, a menos que aquel hubiera ejercido el derecho de adquirir el bien (opción de compra) que le reserva dicho Convenio en virtud del artículo 1850 del *CCQ*.

III. En el Derecho español

La primera disposición legal sobre operaciones de arrendamiento financiero se materializa en el *Real Decreto Ley 15/1977 sobre Medidas fiscales, Financieras y e Inversión Pública*³¹². Su artículo 19 contiene una definición descriptiva de la operación³¹³ en la que destaca objetivamente su limitación a “bienes de equipo, capital productivo y vehículos”, diferenciándola jurídicamente de la *Venta a Plazos de Bienes Muebles*³¹⁴. Posteriormente, la operación de arrendamiento financiero fue objeto de una nueva regulación sustantiva en la *Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*. En su “disposición adicional séptima”³¹⁵ —en concurrencia con la condición de “entidades de crédito” que se confiere a las

³¹² BOE de 28 de febrero de 1977.

³¹³ Artículo 19 del *Real Decreto-Ley 15 / 1977*: “A los efectos de la presente disposición, constituyen operaciones de arrendamiento financiero aquellas operaciones que, cualquiera sea su denominación, consistan en el arrendamiento de bienes de equipo capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por Empresas constituidas en la forma prevista en el artículo 22 y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario. Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento”.

³¹⁴ Sobre la *vis atractiva* que la *Ley 50 / 1965 sobre Venta a Plazos* ejercía con anterioridad sobre las operaciones de arrendamiento financiero, *vid. A. Cabanillas Sánchez, El Leasing Financiero y la Ley de Venta...*, ob. cit., pp. 759-785.

³¹⁵ *Disposición Adicional Séptima de la Ley 26 / 1988*: “1. Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles e 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 3 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción a compra, a su término, a favor del usuario. Cuando por cualquier causa el usuario no llegue a adquirir el bien objeto del contrato, el arrendador podrá cederlo a un nuevo usuario, sin que el principio establecido en el párrafo anterior se considere vulnerado por la circunstancia de no haber sido adquirido el bien de acuerdo con las especificaciones de dicho nuevo usuario. 2. Los contratos a que se refiere la presente disposición tendrán una duración mínima de dos años cuando tengan por objeto bienes y muebles y de diez años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales (...) 3. Las cuotas de arrendamiento financiero deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos (...) 8. Las Sociedades de Arrendamiento Financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero previstas en la presente disposición (...) 9. Se faculta al Gobierno para regular, en lo no previsto en esta disposición, el régimen al que deban ajustarse las Sociedades de Arrendamiento Financiero. 10. A partir de 1 de enero de 1990, las operaciones de arrendamiento financiero previstas en este artículo también podrán ser desarrolladas por las entidades oficiales de crédito, los Bancos,

sociedades de arrendamiento financiero³¹⁶ y de su situación de dependencia con el Banco de España— se configura jurídicamente como un contrato suficientemente tipificado. Dicha Disposición séptima ha sido afectada parcialmente por la *Ley 3/1944 de 14 de abril* mediante la cual se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la *Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE)* introduciendo modificaciones relativas al sistema financiero³¹⁷.

En su Disposición Adicional Primera³¹⁸, esta Ley ordena considerar como “establecimientos financieros de crédito” aquellos entes que, no siendo Entidades de Crédito, ejerzan como actividad principal el arrendamiento financiero, entre otras. Esta Ley, en su Disposición Adicional Segunda³¹⁹, reforma la redacción del Apartado 8 de la Disposición Adicional Séptima de la *Ley 26/1988* otorgando a éste su máxima operatividad³²⁰. Cabe destacar que el artículo 52(d) de la *Ley 3/1994*³²¹ incorpora a las actividades de arrendamiento financiero como una de las beneficiarias de reconocimiento mutuo dentro de la Comunidad Europea para que las arrendadoras financieras españolas puedan operar como entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Comunidad. Posteriormente, el *Real Decreto 692/1995 de 25 de abril sobre Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito*³²² contiene normas que ajustan la actuación de las arrendadoras financieras —en tanto que establecimientos financieros de crédito— dirigidas a desarrollar aspectos básicos configurados en la *Ley 3/1994*.

las Cajas de Ahorro (...), cumpliendo en todo caso las condiciones previstas en esta norma legal y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen”.

³¹⁶ Artículo 39 de la *Ley 26/1988*: “1. Se modifica el título del *Real Decreto Legislativo 1298/1986* de 28 de junio (...) 3. El artículo 1º del *Real Decreto Legislativo 1298 / 1986*, de 28 de junio, queda redactado de la siguiente forma (...) A efectos de la presente disposición (...) se entiende por ‘entidad de crédito’ toda empresa que tenga como actividad típica (...) 2. Se conceptúan, en particular, entidades de crédito (...) g) Las sociedades de Arrendamiento Financiero”.

³¹⁷ BOE de 15 de abril de 1994.

³¹⁸ *Disposición Adicional Primera de la Ley 3/1994*: “1. Tendrán la consideración de establecimientos financieros de crédito aquellas entidades que no sean Entidad de Crédito y cuya actividad principal consista en ejercer, en los términos que reglamentariamente se determinen, una o varias de las siguientes actividades: a) Las de préstamos o créditos (...) b) Las de factoring (...) c) Las de arrendamiento financiero, con inclusión de las actividades complementarias previstas en el párrafo 8 de la disposición adicional séptima de la *Ley 26/1988*, de 29 de julio (...)”.

³¹⁹ *Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/1994*: “Se da la siguiente redacción al apartado 8 de la disposición adicional séptima de la *Ley 26/1988*, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (...) 8. Las sociedades de arrendamiento financiero tendrán como actividad principal la realización de operaciones de arrendamiento financiero. Con carácter complementario, y sin que les sea de aplicación al régimen fiscal específico previsto en esta disposición, podrán realizar también las siguientes actividades: a) Actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos. b) Concesión de financiación conectada a una operación de arrendamiento financiero, actual o futura. c) Intermediación y gestión de operaciones de arrendamiento financiero. d) Actividades de arrendamiento no financiero, que podrán complementar o no con una opción de compra (...)”.

³²⁰ Sánchez Jiménez, El contrato de leasing..., ob. cit., p. 935.

³²¹ Artículo 52 de la *Ley 3/1994*: “Las actividades a que se refiere el artículo anterior y que se benefician de un reconocimiento mutuo dentro de la Comunidad Europea son las siguientes:... d) Las de arrendamiento financiero (...)”.

³²² BOE No. 126 de 24 de mayo de 1996.

IV. En el Derecho francés

Indiscutiblemente, Francia fue pionera en la implantación del *leasing* en Europa continental, introduciendo un conjunto de textos legislativos y sentencias judiciales que, entre los años 1966 y 1972³²³, sirvieron de modelo principalmente en Italia y Bélgica³²⁴. Tres instrumentos destacan por marcar pauta en el proceso evolutivo del arrendamiento financiero y por su influencia legislativa que ha permitido comprender mejor la regulación actual contenida en el *Code Monétaire et Financier*³²⁵. En primer lugar, la *Ley 66-455 relativa a las Empresas que practican el Crédit-Bail de 2 de julio de 1966*³²⁶, que reconoció oficialmente al leasing financiero, sometiendo a la legislación bancaria a aquellas empresas que lo practican habitualmente³²⁷. En segundo lugar, la *Ordenanza 67-837 relativa a las Operaciones de Leasing y a las Sociedades Inmobiliarias para el Comercio y la Industria de 28 de septiembre de 1967*. Fueron sus objetivos, entre otros, la modificación del artículo 1º de la *Ley 66-455* en el sentido de precisar la definición de las operaciones de leasing inmobiliario para distinguirlo de las operaciones de leasing mobiliario.

El artículo 2º *eiusdem* tiende a precisar el régimen jurídico de las operaciones de leasing añadiendo tres nuevas disposiciones a la *Ley 66-455*. Entre estas se destaca la que señala la fijación por decreto de las condiciones en las que las operaciones de leasing se someten a publicidad³²⁸. En tercer lugar, el *Decreto 72/665 de 4 de julio de 1972* dirigido a organizar un sistema de publicidad basado en un registro *ad hoc* de las operaciones de *crédit-bail* mobiliario e inmobiliario, que ya había sido anunciado en la *Ordenanza 67-837*. Las formalidades registrales apuntan a la identificación precisa tanto del *crédit-ballieur* como del *crédit-preneur* a efectos de oponibilidad de sus derechos ante terceros³²⁹. Cabe señalar que el *Decreto 72-665* ha sido fuente de diversas manifestaciones jurisprudenciales.

³²³ Para una relación de estos Textos Legislativos y Sentencias, *Vid.* Giovanoli, *Le Crédit-Bail (Leasing)* ..., ob. cit., pp. 446 - 448.

³²⁴ *Ibidem*, p. 125.

³²⁵ Texto completo del *Code Monétaire et Financier*, en: www.legifrance.gouv.fr

³²⁶ Artículo 1º de la *Ley No. 66-455*: "Las operaciones de *crédit-bail* consideradas en la presente ley son las operaciones de arrendamiento de bienes de equipos, de material de utillaje o de bienes inmobiliarios de uso profesional, especialmente comprados con vistas a este alquiler por Empresas que permanecen propietarias de tales bienes, cuando dichas operaciones, cualquiera que sea su denominación, dan al arrendatario la facultad de adquirir todo o parte de los bienes alquilados por un precio convenido teniendo en cuenta, al menos en parte, las entregas efectuadas a título de alquileres". *Vid.* J. Coillot, J., *El Leasing...* ob. cit., p. 251.

³²⁷ Artículo 2º de la *Ley No. 66-455*: "Las empresas que tienen como actividad habitual practicar las operaciones señaladas en el 1º están sometidas, según los casos, a las disposiciones de las leyes del 13 de junio de 1941 o del 14 de junio de 1941 relativas a la reglamentación y organización de la profesión de banquero y profesiones anejas, aplicables a Empresas consideradas en el artículo 27 de la Ley precitada del 13 de junio de 1941. A este título, están obligadas a observar las decisiones tomadas por el Consejo Nacional de Crédito". *Vid.* Coillot, *El Leasing...*, ob. cit., p. 249).

³²⁸ Texto de la *Ordenanza No. 67-837*, en: Coillot, *El Leasing...*, ob. cit., pp. 254-257.

³²⁹ Giovanoli, *Le Crédit-Bail (Leasing)* ..., ob. cit., p. 444.

En la actualidad, *le Code Monétaire et Financier* organiza las operaciones de *crédit-bail*—*mobilière et immobilière*— (artículos L313-7 a L313-11)³³⁰ y el Estatuto de las Sociedades que las realizan habitualmente (artículos L515-2 y L515-3). A tenor del artículo L313-7 las operaciones de *crédit-bail* son: “1. *Les opérations de location de biens d’équipement ou de matériel d’outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires (...)* 2. *Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel (...)* 3. *Les opérations de location de fonds de commerce, d’établissement artisanal ou de l’un de leurs éléments incorporels (...)*”. Según el artículo L313-8 “*En cas de cession de biens compris dans une opération de crédit-bail, et pendant la durée de l’opération, le cessionnaire est tenu aux mêmes obligations que le cédant qui en reste garant*”.

El artículo L313-10 dispone que “*Les opérations mentionnées à l’article L313-7 sont soumises à une publicité dont les modalités sont fixées par décret. Ce décret précise les conditions dans les quelles le défaut de publicité entraîne l’opposition aux tiers*”. Finalmente, en relación con las operaciones de *crédit-baile* mobiliario, el artículo L313-11 dispone que “*Pour les opérations de crédit-baile en matière mobilière, les inscriptions prises en vertu de l’article L313-10 se prescrivent par cinq ans, sauf renouvellement*”. Por otra parte, en relación con las sociedades de arrendamiento financiero, el artículo L515-2 dispone que “*Les opérations de crédit-bail mentionnées à l’article L313-7 ne peuvent être faites à titre habituel que par des entreprises commerciales agréés en qualité d’établissement de crédit (...)*”. Al respecto, el artículo L515-3 dictamina que “*Les personnes ou entreprises mentionnées à l’article L515-2 qui contraignent aux dispositions du présent code ou des règlements pris pour leur application sont passibles des sanctions disciplinaires prévues par l’article L613-21*”.

V. En el Derecho argentino

El contrato de *leasing* está regulado por la *Ley 25.248* sancionada en mayo 10 de 2002 y ratificada en junio del mismo año³³¹. El carácter genérico de esta Ley la hace perfectamente aplicable al contrato de arrendamiento financiero. Por tal razón, algunos autores han resaltado la significación del término *leasing* como equivalente a la financiación de bienes de capital³³². Particularmente, se destacan diversos aspectos del contrato, tales como: el concepto; su objeto; las responsabilidades, las acciones y garantías en la adquisición del bien; su oponibilidad; la opción de compra y los aspectos impositivos de los bienes destinados al *leasing*.

³³⁰ Insertados por la *Ordenanza No. 2000-1223* de 14 de diciembre de 2000.

³³¹ Texto de la Ley 25.248 disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma>. Sobre antecedentes legislativos del *leasing* en Argentina, *vid.* Martorell, Ernesto, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Buenos Aires, De Palma, 1998, Vol. 1, pp. 351-443, esp. pp. 360- 362.

³³² Barreira Delfino, E., El contrato de *leasing*, en: *Revista de Bancos y Bolsas*, 1980, No. 1, p. 116.

En virtud del artículo 1º de la *Ley*, mediante el “contrato de leasing” el *dador*³³³ es la parte que conviene transferir al *tomador*³³⁴ la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon, confiriéndole una opción de compra por un precio; pudiendo ser, en virtud del artículo 2º *eiusdem*, objeto del contrato de leasing cosas muebles o inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y *software* de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de dar en leasing. Al respecto, el dador actúa como intermediario financiero del tomador, en virtud de los literales a; b; c; del artículo 6º de la *Ley*; por lo que el tomador puede reclamar del *vendedor*, sin necesidad de cesión, todos los derechos que emergen del contrato de compraventa; pudiendo el dador liberarse convencionalmente de las responsabilidades de entrega y de las garantías de evicción y vicios redhibitorios en virtud del primer párrafo de dicho artículo.

Dispone el artículo 8º de la *Ley* que el *leasing* debe instrumentarse en escritura pública si tiene como objeto inmuebles, buques o aeronaves. En los demás casos puede celebrarse por instrumento público o privado. A los efectos de oponibilidad frente a terceros, el contrato debe inscribirse en el Registro que corresponda según la naturaleza de la cosa que constituye su objeto. Luego, son oponibles a los acreedores de las partes contratantes los efectos del contrato debidamente inscrito. Los acreedores del tomador pueden subrogarse en los derechos de éste para ejercer la opción de compra. En caso de quiebra del dador, la norma contenida en el artículo 11º *eiusdem* dispone que el contrato continua por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer la opción de compra en el tiempo previsto. En caso de quiebra del tomador, dicha norma dispone que el síndico puede optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo dentro de los sesenta días de decretada la quiebra.

Respecto de la opción de compra, la norma contenida en el artículo 14º de la *Ley* dispone que dicho derecho puede ser ejercido por el tomador una vez que haya pagado tres cuartas (3/4) partes del canon total estipulado o antes si así lo convinieran las partes. No obstante, en situación de mora en el pago del canon total, el dador puede, en virtud del artículo 21º (a,b) de la *Ley*: a) obtener el secuestro del bien mueble con la sola presentación del contrato legalmente inscrito, demostrando haber interpelado al tomador otorgándole un plazo no menor de cinco días para su regularización; b) accionar por vía ejecutiva para el cobro del canon no pagado, pudiendo proceder el secuestro del bien mueble según lo dispuesto en el literal anterior. Los aspectos impositivos de los bienes destinados al *leasing* están regulados en los artículos 22º a 25º de la *Ley*.

³³³ Parte en el Contrato identificada también con otras denominaciones: arrendador, empresa de leasing, *lessor*, *crédit-bailleur*.

³³⁴ Parte en el Contrato conocida también como: usuario; arrendatario; *crédit-preneur*; *lessee*.

Finalmente, en aplicación del DIPr argentino al contrato internacional de leasing, el *Proyecto del Código Civil* (1999) dispone en su artículo 104 lo siguiente: “La relación jurídica entre la empresa leasing y el usuario, en defecto de elección de la ley aplicable por las partes, se rige por la ley de la residencia habitual de la empresa”³³⁵.

VI. En el Derecho colombiano

La operación denominada indistintamente “arrendamiento financiero” o “leasing”³³⁶ se encuentra descrita en el artículo 2 del *Decreto 913 de 1993*. En el artículo 4 *eiusdem* se faculta a las compañías de financiamiento comercial para que puedan actuar como corredoras en operaciones de arrendamiento financiero que versen sobre bienes que, sociedades del mismo género constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior, exporten para ser entregados en arrendamiento a personas residentes en Colombia.

La operación denominada indistintamente “arrendamiento financiero” o “leasing” se encuentra descrita en el artículo 2 del *Decreto 913 de 1993*³³⁷. En el artículo 4 *eiusdem* se faculta a las compañías de financiamiento comercial para que “puedan actuar como corredoras en operaciones de arrendamiento financiero que versen sobre bienes que sociedades del mismo género, constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior, exporten para ser entregados en arrendamiento a personas residentes en Colombia. En virtud del artículo 5 *eiusdem* las compañías de financiamiento comercial podrán, igualmente, celebrar contratos de arrendamiento sin opción de compra que se sujetarán a las disposiciones comunes sobre el particular.

El artículo 6 del *Decreto* dispone además que “las disposiciones actualmente vigentes en materia del desarrollo de la actividad de las sociedades de arrendamiento financiero o leasing serán aplicables a todas las compañías de financiamiento comercial, en cuanto no contraríen el régimen de estas compañías y únicamente en lo que respecta a la actividad de leasing”³³⁸. Con

³³⁵ Proyecto Argentino (1999). Libro Octavo. Derecho Internacional Privado, en: *Libro- Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Vol. III, pp. 334-359, esp. p. 353.

³³⁶ El *Decreto 148 de 1979* utiliza indistintamente los términos arrendamiento financiero o leasing para establecer una distinción con el leasing operativo (Federación Colombiana de Compañías de Leasing “Fedeleasing”: www.fedeleasing.org.co).

³³⁷ Artículo 2 del *Decreto 913 de 1993*: “Entiéndese por operación de arrendamiento financiero la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra. En consecuencia, el bien deberá ser propiedad de la compañía arrendadora, derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo, deberá entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad” (Fedeleasing).

³³⁸ El *Decreto 2059 de 1981* somete a las sociedades de leasing al control de la Superintendencia de Sociedades. No obstante, el *Decreto 1997 de 1988* califica al leasing como una actividad financiera. Más tarde, la *Ley 74 de 1989* dispone el control y vigilancia de las Compañías de Leasing por parte de la Superintendencia Bancaria. La *Ley 45 de 1990* califica a las sociedades de leasing como

relación a este *Decreto*, la Superintendencia Bancaria emitió la *Circular Externa 007 de 1996* (Circular básica jurídica) que establece disposiciones especiales relativas a las compañías de financiamiento comercial, reglamentando diversos aspectos de la operación de arrendamiento financiero en dicho *Decreto*.

Las actividades relacionadas con operaciones de leasing internacional están reguladas en el artículo 1º del *Decreto 1799 de 1994* al disponer que las Compañías de Financiamiento Comercial podrán efectuar la revisión de los documentos referentes a los contratos en las operaciones de leasing internacional así como también la gestión de cobro de la cartera proveniente de dichos contratos y la canalización de la información requerida para el desarrollo de los mismos. También se autoriza a dichas compañías a participar en operaciones internacionales de leasing en calidad de copropietarios de compañías de leasing extranjeras en operaciones en las que debe intervenir un locatario nacional (artículo 2º) y, en virtud del artículo 3º *eiusdem*, realizar operaciones de “leasing de exportación”³³⁹, sujetándose al régimen de cambios internacionales. También podrán las Compañías de Financiamiento Comercial realizar operaciones de “subarrendamiento financiero” (“subleasing”) en los términos establecidos por la norma contenida en el artículo 4º del *Decreto*, recibiendo bienes de las sociedades de leasing extranjeras para ser entregados a personas domiciliadas o residenciadas en Colombia. Finalmente, una pluralidad de Compañías de Financiamiento Comercial pueden, en calidad de copropietarias, entregar el bien conjuntamente en arrendamiento financiero (“leasing en copropiedad”) en virtud del artículo 5º de este *Decreto*.

En las materias contable, tributaria y financiera destacan, en primer lugar, la *Ley 6 de 1992* que permite descontar el Impuesto al Valor Agregado (IVA) del Impuesto sobre la Renta, por adquisición de bienes dados en leasing. En segundo lugar, la *Circular Externa 100 de 1995* (Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Bancaria). En tercer lugar, el *Decreto 663 de 1993* que contiene el *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*. Por último, la *Ley 223 de 1995* relativa a la reforma tributaria que considera dos tipos de leasing: el que tiene beneficio fiscal y el que no lo tiene.

VII. En el Derecho argelino

La disciplina jurídica del leasing mobiliario se encuentra ampliamente implementada en la *Ordonnance No. 96-09 du 10 janvier 1996 relative au Crédit-Bail*³⁴⁰. Su artículo 1º indica

Entidades de Servicios Financieros. Posteriormente, la Ley 35 de 1993 obliga a convertir las sociedades de leasing en Establecimientos de Crédito.

³³⁹ *Vid.* epígrafe II(B) del Capítulo 3.

³⁴⁰ LEXALGERIA: <http://members.lycos.fr/lexalgeria/credit.htm>

expresamente que *le crédit-bail ou leasing* es una operación comercial y financiera realizada por bancos y establecimientos financieros o por una *société de crédit-bail* legalmente habilitada; con operadores económicos nacionales o extranjeros; personas físicas o personas morales privadas. El artículo 2 de la *Ordenanza* señala los requisitos que permiten establecer una clara diferenciación entre *leasing financier* y *leasing opérationnel*. Particularmente, en el artículo 3 *eiusdem* se define *le crédit-bail mobilier* cuando la operación versa sobre bienes muebles calificados como equipos o material de utillaje (bienes muebles de capital) que sean necesarios para la actividad del operador económico. Por su parte, la norma del artículo 4 de la *Ordenanza* califica la operación financiera como *crédit-bail immobilier* si tiene como objeto bienes inmuebles construidos que serán construidos para usos profesionales del operador económico. Para calificar *le crédit-bail* como internacional la norma del artículo 5 *eiusdem* recurre a la categoría “residencia” tal como es definida en la legislación argelina interna. Al punto, *le crédit-bail* se define como internacional cuando el contrato que le sirve de soporte ha sido suscrito entre un operador económico que tenga la cualidad de “residente” en Argelia y una sociedad de *crédit-bail* o establecimiento financiero que sea “no residente”; o viceversa. En ambas situaciones, las operaciones de *crédit-bail* deben someterse a un régimen publicitario cuyas modalidades son fijadas por vía reglamentaria (artículo 6 de la *Ordenanza*).

En el contrato de *crédit-bail mobilier* los bienes muebles de capital son cedidos en locación por el *crédit-bailleur* al *crédit-preneur* por una determinada duración y mediante el pago de cuotas (*loyers*) establecidas, otorgando a este último la posibilidad de adquirir en todo o en parte el bien a un precio convenido (artículo 7 de la *Ordenanza*). Otros aspectos de importancia regulados por la *Ordenanza* son los siguientes: (1º) artículo 10: “De la calificación jurídica, las cualidades y el contenido del contrato”; (2º) artículo 11: “De las cláusulas obligatorias del contrato”; (3º) artículo 12: “De la duración de la locación y la revocabilidad del contrato”; (4º) artículo 13: “De la sanción de la ruptura del contrato en el curso del período irrevocable de la locación”; (5º) artículos 14 y 15: “De las cuotas y del valor residual del bien arrendado”; (6º) artículo 16: “De la opción otorgada al *crédit-preneur* al final del período irrevocable de locación”; (7º) artículos 17 y 18: “De las cláusulas facultativas del contrato de *crédit-bail mobilier*”; (8º) artículos 19 y 20: “De las normas de protección del derecho de propiedad del *crédit-bailleur* sobre el bien arrendado”.

Capítulo 6. El arrendamiento financiero en Venezuela

Hasta el presente, la evolución de la escasa normativa que ha disciplinado la operación de arrendamiento financiero en Venezuela comenzó a finales de la década de los años sesenta del siglo XX. En este Capítulo presentamos una secuencia cronológica de los instrumentos legales que han regulado esta operación. En primer lugar: la regulación inicial bajo el imperio

del *Código Civil* y del *Código de Comercio*. En segundo lugar: la regulación contenida en la *Ley General de Bancos y otras Instituciones de Crédito* de 1975 (en adelante: *LGB75*). En tercer lugar: las *Normas sobre Arrendamiento Financiero de Bienes* de 1982 (en adelante: *NAF82*). En cuarto lugar: el *Decreto No. 2.351 de 12 de diciembre de 1983* (en adelante: *D83*). En quinto lugar: la *Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito* de 1988 (en adelante: *GB88L*). En sexto lugar: la *Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras* de 1993 (en adelante: *LGB93*). Finalmente, el régimen vigente contenido en el *Decreto No. 1.526* de 3 de noviembre de 2001, que reforma la *Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras* (en adelante: *LGBOIF*).

I. Regulación inicial en los Códigos Civil y de Comercio

La utilización de la operación de arrendamiento financiero en Venezuela comienza a finales de la década iniciada en el año 1960³⁴¹, con la constitución de las primeras empresas dedicadas a dicha actividad con el propósito económico de prestar financiamiento, no mediante un simple contrato de mutuo o préstamo de dinero, sino mediante el recurso a un mecanismo legal más complejo³⁴². Huérfano de una normativa específica, el arrendamiento financiero necesitó encontrar su espacio en el tráfico jurídico económico al amparo de disposiciones relativas al arrendamiento contenidas en el *Código Civil* y en el *Código de Comercio* para entonces vigentes; según fuese el caso³⁴³. Pero esta práctica de financiación enfrentaba, precisamente, un obstáculo en la opción de compra ofrecida al usuario del bien arrendado, que podía simular una “venta a plazo” si se le aplicara al caso concreto de financiación la norma contenida en el único aparte del artículo 1.579 del *CCV* según la cual “Se entenderá que son ventas a plazo, los arrendamientos de cosas muebles con la obligación de transmitir al arrendatario en cualquier tiempo la propiedad de las cosas arrendadas”.

Para tratar de evitar esta circunstancia, muchas arrendadoras financieras documentaban sus operaciones otorgando la opción de compra a favor de un tercero quien a su vez la otorgaba a favor del arrendatario. Ese tercero era usualmente una empresa relacionada con la Arrendadora³⁴⁴. No obstante, en algunos casos el tercero era una persona designada por el arrendatario. Al respecto, cabe mencionar la única ocasión, de la que se tenga conocimiento, en la cual este

³⁴¹ Cabe destacar, como punto de referencia, que en 1965 se constituyó la primera empresa de leasing española. Su objeto fue la práctica del arrendamiento con opción de compra. *Vid.* Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario...*, ob. cit., p. 14).

³⁴² Bermúdez, José R., y Garrido, Juan, Las normas venezolanas sobre arrendamiento financiero: opinión sobre aspectos relevantes, en: *Revista de Derecho Público*, 1984, No. 17, pp. 137-157, esp. p. 137.

³⁴³ Meneses Corona, Jorge E., Tratamiento impositivo del arrendamiento financiero (Leasing), en: *Diez Temas sobre Derecho Financiero y Derecho Tributario, Colección Estudios Jurídicos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1991, No. 53, pp. 171-177, esp. p. 171.

³⁴⁴ Bermúdez y Garrido, Las normas venezolanas..., ob. cit., p. 137.

mecanismo haya sido objeto de pronunciamiento jurisprudencial. Tales el caso “Agrotexilera Venezolana” (Agrotexil)³⁴⁵, en el que el Tribunal Superior calificó la negociación como una operación mercantil de arrendamiento con la obligación de transmitir directamente al arrendatario la propiedad de las cosas arrendadas, basando su dictamen en la existencia de cierta identidad entre arrendadora industrial (la arrendadora financiera) y “V” (tercero otorgante de la opción de compra) que conformaba una comunidad de intereses económicos por ser la primera accionista de la segunda.

En términos del Tribunal “una misma voluntad jurídica”, ya que el convenio de arrendamiento celebrado entre Arrendadora Industrial y Agrotexil y la “presunta” opción de compra otorgada por “V” a Agrotexil representaban dos fase de una misma operación. Por lo tanto, una “venta a plazo” en virtud del único aparte del artículo 1.579 del *CCV*. En su sentencia, la Sala de Casación desestimó tal razonamiento al observar que hubo una infracción evidente a lo dispuesto en dicha norma por mala aplicación, porque Arrendadora Industrial y “V” son personas jurídicas distintas aun cuando una de ellas sea propietaria de las acciones de la otra; porque en virtud de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 201(4º) del *COCOV* “las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios”³⁴⁶. Cabe destacar que antes de la reforma de la *LGB75* las arrendadoras financieras venían funcionando sin autorización gubernamental previa; sin supervisión o vigilancia de la Superintendencia de Bancos y, sin que en modo alguno se las considerase como Institutos de Crédito regidos por la *LGB75*³⁴⁷.

II. La Ley General de Bancos y otras Instituciones de Crédito de 1975

No es sino hasta el año 1975, cuando la operación de arrendamiento financiero comienza a tener cabida en el Derecho Privado venezolano a través de la *LGB75*³⁴⁸, a pesar de que no se llega a establecer en ella una descripción de la operación de arrendamiento financiero. Dicha Ley hace referencia por vez primera a las denominadas Sociedades de Arrendamiento Financiero³⁴⁹. La norma contenida en el artículo 4 de la *LGB75* dispone que “Las operaciones de arrendamiento financiero que realicen (...) las empresas que se dediquen a (...) dar bienes en arrendamiento financiero, quedan sometidas a las disposiciones reglamentarias que dicte el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Banco Central de Venezuela, y a la inspección,

³⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, No. 784-81, 19-11-1981 (caso: Agrotexilera Venezolana vs. Arrendadora Industrial), en: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez y Garay*, 1981, Vol. 75, pp. 431-434, esp. pp. 431-432.

³⁴⁶ *Ibidem*, pp. 431-432.

³⁴⁷ Bermúdez y Garrido, *Las normas venezolanas...*, ob. cit., p. 139.

³⁴⁸ GORV No. 1.742 de 22 de mayo de 1975.

³⁴⁹ Balza Navarro, Eduardo, Arrendamiento financiero de bienes, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 1988, No. 71, pp. 284-304, esp. pp. 285-287. También, Bermúdez y Garrido, *Las normas venezolanas...*, ob. cit., pp. 139-141.

vigilancia y fiscalización de la Superintendencia de Bancos”. De esta disposición se puede deducir, en primer lugar, la intención del legislador de calificar al arrendamiento financiero como una “operación de financiamiento”. En segundo lugar, que las empresas que se dediquen al arrendamiento financiero sean controladas por el Estado sin ser calificadas como “entidades de crédito”. Por último, que en el futuro sean sometidos a regulación jurídica tanto el funcionamiento las particulares Empresas como las operaciones de arrendamiento financiero que ellas realizan. Cabe destacar que en fecha 8 de julio de 1977 fue promulgado el *Reglamento Parcial Número 4 de la LGB75*; que fue reformado en fecha 9 de febrero de 1982 por el *Decreto Número 1.399*³⁵⁰. Este Decreto limitaba a 18 meses la duración de las operaciones de arrendamiento financiero, salvo en los casos excepcionales allí previstos³⁵¹.

III. Las Normas sobre Arrendamiento Financiero de Bienes de 1982

Con fecha 4 de septiembre e 1982, el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas decreta las *Normas sobre Arrendamiento Financiero de Bienes*³⁵² (en adelante: *NAFB*), destinadas a disciplinar la actividad de las empresas dedicadas a dar bienes en arrendamiento financiero. Estas *Normas* así decretadas³⁵³ constituyen un instrumento distinto pero con idéntico rango legal de la *LGB75*. Pero en virtud de la norma contenida en el artículo 20 de las *NAFB*, las disposiciones contenidas en la *LGB75* son de aplicación subsidiaria.

Los siguientes aspectos, entre otros, son regulados en los siguientes artículos de las *NAFB*: (1º) el artículo 1: señala como su ámbito de aplicación “las operaciones de arrendamiento financiero” calificando como “institutos de crédito” a las empresas dedicadas a dichas operaciones de manera habitual o regular; (2º) el artículo 2: describe la operación de arrendamiento financiero sin precisar la naturaleza de los bienes que pueden ser objetos de arrendamiento financiero; (3º) el artículo 3: autoriza a las Superintendencia de Bancos para que establezca las condiciones mínimas que debe contener el contrato de arrendamiento financiero y su duración máxima; (4º) el artículo 4: dispone que las arrendadoras financieras son las únicas instituciones de crédito autorizadas para realizar operaciones de arrendamiento financiero si han sido autorizadas por el Ministerio de Hacienda, oída la opinión de la Superintendencia de

³⁵⁰ GORV.No. 32.411, de 9 de febrero de 1982.

³⁵¹ Bermúdez y Garrido, *Las normas venezolanas...*, ob. cit., p. 141.

³⁵² *Decreto No. 1.611 de 4 de septiembre de 1982* (GORV No. 32.554 de 07 de septiembre de 1982).

³⁵³ Cabe destacar que en Venezuela se utilizó de modo permanente la técnica de la restricción genérica de las garantías económicas, consagradas en el artículo 96 *CRV*. Por tal razón, el *Decreto No. 1.611* otorgó a las *NAFB* el valor de normas legales, con rango y eficacia de ley, reguladoras de las empresas de arrendamiento financiero y la actividad que ellas realizan. *Vid.* Bermúdez y Garrido, *Las normas venezolanas...*, ob. cit., p. 141).

Bancos; (5°) el artículo 7: dispone que las arrendadoras financieras deben estar constituidas comercialmente bajo la especie societaria de Compañía Anónima; (6°) el artículo 10: incluye la realización de arrendamiento financiero inmobiliario; (7°) el artículo 18: autoriza a la Superintendencia de Bancos para que suspenda aquellas operaciones que sean incompatibles la naturaleza del arrendamiento financiero; (8°) el artículo 19: excluye expresamente la aplicación de la normativa interna sobre el arrendamiento de cosas a las operaciones de arrendamiento financiero (Comentario al respecto: un sector de la doctrina venezolana³⁵⁴ ha sostenido la posibilidad de aplicar la norma contenida en el artículo 599(7°) del *CPC*³⁵⁵ por ser ésta una norma de carácter adjetivo que regula el secuestro de la cosa arrendada y no una disposición de carácter sustantivo reguladora de los aspectos propios del arrendamiento financiero. No obstante, otro sector doctrinario³⁵⁶ toma como expediente la analogía aparente con el arrendamiento simple de cosas para justificar la aplicación de la norma adjetiva *in comento*; (9°) el artículo 21: deroga el artículo 3 del *Decreto No. 1.399 de 9 de febrero de 1982*³⁵⁷ que expresa: “El arrendamiento de bienes con carácter financiero no podrá exceder de un plazo de dieciocho meses. Se exceptúan los arrendamientos de máquinas agrícolas, industriales y de servicios, y vehículos para el transporte de carga o de pasajeros”.

IV. El Decreto No. 2.351 de 12 de diciembre de 1983

Este Decreto fue dictado por el Ejecutivo Nacional en fecha 12 de diciembre de 1993³⁵⁸. La norma contenida en el artículo 2 establece que las Empresas de Arrendamiento Financiero, los Bancos Hipotecarios y las Sociedades Financieras están obligadas a constituir un fondo de liquidez en efectivo o en valores emitidos o avalados por la Nación; por las obligaciones asumidas en virtud de la colocación de bonos quirografarios. Entonces, parte de la doctrina³⁵⁹ opinó que las de operaciones las sociedades de arrendamiento financiero reguladas por los *Decretos No. 1.611 y 2.351* —“muy mal redactados por cierto”— ameritan indispensablemente que se desarrolle una normativa sobre estas instituciones, ya que su número se acercaba a cuarenta por la gran importancia que están adquiriendo los préstamos a mediano plazo. Al punto, cabe destacar las consideraciones sobre el carácter y efectos del arrendamiento financiero

³⁵⁴ Bermúdez y Garrido, *Las normas venezolanas...*, ob. cit., pp. 156-157.

³⁵⁵ Artículo 599 del *CPC*: “Se decretará el secuestro: (...) 7° de la cosa arrendada, cuando el demandado lo fuere por falta de pago de pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer mejoras a que esté obligado según contrato”.

³⁵⁶ Balza Navarro, Eduardo, Aspectos Procesales del Arrendamiento Financiero, en: *Revista de Derecho Privado*, 1987, Año 4, No. Único, pp. 7-20, esp. pp.12-15.

³⁵⁷ GORV No. 32.411 de 9 de febrero de 1982.

³⁵⁸ GORV No. 32.872 de 12 de diciembre de 1993.

³⁵⁹ Vegas Rolando, Nicolás, Algunos aspectos del Proyecto de Reforma de la Ley de Bancos, en: *Revista de Derecho Mercantil*, 1986, No. 2, pp. 129-133, esp. p. 132.

emitidas por la *Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia* en Sentencia dictada en fecha 28 de febrero de 1985 en el caso “Arrendequipos, C. A. vs S. A. de Crédito y Comercio Sociedad Financiera-SACCO”³⁶⁰.

También es interesante analizar el contenido del pronunciamiento jurisprudencial emitido por el *Juzgado Superior Tercero Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda* en el caso “Arrendadora Industrial Venezolana, C. A. (Arrendaven) vs Lithocolor, C. A.”³⁶¹, en relación con la aplicación del artículo 1.579 del *CCV*. Resulta

³⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, No. 227-85, 28-2-1985 (Arrendequipos C.A. vs. S. A. de Crédito y Comercio Sociedad Financiera - SACCO), en: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, Vol. 90, pp. 558-562. En esta Sentencia la Corte se pronunció así: “El contrato llamado de ‘arrendamiento financiero’ o de ‘leasing’ resulta una figura novísima en nuestro Derecho, cuya existencia reconoce en nuestro país el artículo 4º de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito y respecto de la cual, el Decreto 1.611 del 4 de septiembre de 1982 prevé una serie de normas de funcionamiento. Tratándose de un contrato atípico, no previsto dentro de las estructuras que recoge el derecho tradicional, es fuente de discusión la determinación de su naturaleza jurídica.... La doctrina lo ha calificado a veces de mandato... ello sin embargo, choca con la circunstancia de que los bienes no se adquieren ab initio para la propiedad del usuario sino que se transfieren a él, eventualmente, en un momento posterior. También se ha dicho que se trata de un arrendamiento con promesa unilateral de venta, lo cual implicaría en Venezuela la necesidad de subsumirlo dentro de la figura de la venta a plazos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1579 del Código Civil,... En puridad, entiende la Sala que el arrendamiento financiero, simplemente configura un contrato nuevo, ajeno a la tipología tradicional de nuestro derecho común, con elementos que corresponden, estrictamente, en momentos diferentes, al arrendamiento, mientras no se haya ejercido la opción de adquisición de parte del usuario, y a la compra-venta, una vez que se cumpla con dicho requisito. Respecto de la normativa aplicable para regular las relaciones entre las partes, hasta tanto el legislador no haya previsto disposiciones específicas, habrá que acudir a las normas que regulan casos semejantes o materias análogas,... En efecto, dicho Decreto no prevé ningún cuerpo de soluciones sustitutivas que pudieran considerarse procedentes para la regulación del contrato,... La recta inteligencia de dicho decreto deberá orientarse a excluir al arrendamiento financiero de la definición de arrendamiento y, por ende, de su calificación como tal, pero no a impedir que se utilicen para el primero los normativos jurídicos previstos respecto del segundo (...) y que por lo tanto, no procederá considerar que el arrendamiento financiero se subsume simplemente en una venta a plazos, lo cual desnaturaría su carácter y finalidades y haría nugatorio el artículo 4º de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, en cuanto plantea la existencia del contrato de arrendamiento financiero como figura autónoma. Pero ello no impedirá la aplicación por analogía de las disposiciones que regulen las relaciones entre las partes, de acuerdo a la especial naturaleza de ese contrato y conforme a los definidos momentos de su vigencia. Una vez que la opción a que tiene derecho el usuario sea ejercida, lo cual sólo ocurre normalmente después de haber transcurrido un lapso predeterminado, las obligaciones de las partes comenzarán a ser, por analogía, las que corresponden al comprador y al vendedor en la compra-venta y las acciones que eventualmente podrán ejercer las partes para la defensa de sus derechos, las que se deriven de dicha asimilación”.

³⁶¹ Juzgado Superior Tercero Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, No. 886-85, 26-11-1985 (ARRENDAVEN, Arrendadora Industrial Venezolana, C. A. vs. Lithocolor, C. A.), en: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, Vol. 93, pp. 44-50. En esta Sentencia el Tribunal dijo: “En su escrito de contestación de la demanda, la parte demandada hizo los siguientes planteamientos (...) 3)... sostiene como defensa de fondo que no ha existido la relación contractual que se le ha demandado sino otra diferente; es decir: no ha existido relación de arrendamiento sino pura y simplemente una relación de venta a plazos, pero bajo la forma simulada de un arrendamiento con el fin de eludir el artículo 1579 del Código Civil y para ello se le ha sometido a una situación de adhesión, pues no se le permitió discutir ni alegar nada (...) De acuerdo con el libelo de demanda, la acción deducida es la de resolución de contrato con fundamento en la falta de pago de las pensiones mensuales de arrendamiento (...) por considerar la parte actora que la demandada violó lo previsto en la cláusula décima primera del contrato de arrendamiento (...) Observa esta Superioridad que el arrendamiento a que se refiere esta demanda tiene características especiales que lo diferencian del arrendamiento tradicional, como es el caso del monto del canon, en que es el resultado de una operación netamente financiera (...) El monto de este canon no toma en cuenta los precios pagaderos usualmente en la plaza por el arrendamiento de bienes similares, sino que toma en cuenta los costos y tasas vigentes en el mercado financiero; es por ello que este arrendamiento implica una contraprestación dineraria que incluye la amortización del precio del bien dado en arrendamiento y los intereses, comisiones y recargos propios de la operación. Alega la parte demandada que lo celebrado por ellos no fue un contrato de arrendamiento, pues nunca ha existido tal relación contractual, sino una simple y pura venta a plazos, pero bajo la forma simulada de un contrato de arrendamiento para eludir la disposición contenida en el artículo 1.579 del Código Civil (...) Por su parte la actora ha rechazado y

notable que ambas sentencias judiciales, dictadas en el año 1985, no hicieran alusión alguna a las *NAFB* entonces vigentes.

V. La Ley General de Bancos y Otros Institutos de Crédito de 1988

Frente a la importante aceptación que ha mostrado el arrendamiento financiero, el Congreso de la República de Venezuela aprobó, en fecha 3 de febrero de 1988, la *Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito*³⁶², cuyos artículos 95 a 105 (Título VIII De las Arrendadoras Financieras) están dirigidos a regular las operaciones de arrendamiento financiero y las empresas que las realizan; recogiendo los principios básicos consagrados en las *NAFB*; repitiendo la definición de “arrendamiento financiero” contenida en el artículo 2 *eiusdem*; pero sin aportar algún nuevo elemento que pudiera conducir al esclarecimiento de la naturaleza jurídica del correspondiente contrato. Sin embargo, en la norma contenida en el artículo 96 de la *LGB88* se hace referencia expresa, por vez primera, a los bienes muebles e inmuebles como objeto de la operación. Desde entonces, los bienes muebles e inmuebles pasan a ser objeto de las operaciones de arrendamiento financiero.

El segundo párrafo del artículo 96 de la *LGB88* incorpora expresamente dos disposiciones sobre el contenido del contrato: (1ª) “En los contratos de arrendamiento financiero, se incluirá la amortización del precio pagado por la empresa arrendadora al adquirir el bien, dentro del monto de la contraprestación dineraria que se pagará durante el plazo de arrendamiento por la cesión del bien”; (2ª) “El precio de venta, en caso de que se ejerza la opción de compra al vencimiento del contrato, no podrá exceder del valor de rescate, el cual deberá fijarse en el contrato de arrendamiento financiero (...)”. Por su parte, el párrafo segundo del artículo 105 *eiusdem* dispone que “Los intereses estarán incluidos en las contraprestaciones dinerarias de arrendamiento financiero y deberán calcularse tomando en cuenta las amortizaciones del precio pagado por la arrendadora al adquirir el bien objeto del contrato. Los intereses, comisiones y recargos no podrán ser superiores a los que fije el Banco Central de Venezuela”. Cabe destacar la disposición contenida en el artículo 104 *eiusdem*, según el cual “Las operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles no están sometidas a la Ley de Regulación de

contradicho lo sostenido por los demandados (...) al plantear que la relación contractual no es de arrendamiento sino una venta a plazos simulada La parte demandada reconvino a la actora alegando que no se trata de un contrato de arrendamiento (...) A este respecto la sentencia de la Primera Instancia expresa lo siguiente (...) Estudiados los autos encuentra el Tribunal que no pueden tener efectos los documentos emanados de terceros. A esta situación no es aplicable el mencionado artículo 1.579 del Código Civil pues no se demuestra de autos la obligación por el arrendador de transmitir al arrendatario la propiedad de las cosas arrendadas No están pues demostrados los fundamentos fácticos de la reconvención ni la simulación alegada en éste por lo que la misma no ha prosperado en derecho y así se declara. En concepto de esta alzada, el criterio sustentado por el Juez de la causa se ajusta a derecho, por cuya razón la acoge y la hace suya y en consecuencia declara improcedente la reconvención propuesta por los demandados. Así se decide”.

³⁶² GORV No. 4.021 Extraordinario de 4 de febrero de 1988.

Alquileres ni a las disposiciones legales sobre arrendamiento”. Sin embargo, resulta curioso la ausencia de referencia alguna a la norma contenida en el aparte único del artículo 1.579 del *CCV* sobre arrendamiento de cosas. Finalmente, mediante la norma contenida en el artículo 216 de la *LGB88* “se deroga la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito de fecha 13 de febrero de 1961, reformada parcialmente en fechas 30 de diciembre de 1970, 20 de agosto de 1974, 22 de abril de 1975 y 11 de julio de 1984; y los Decretos números 1.611, 2.351 y 750 de fechas 4 de septiembre de 1982, 8 de diciembre de 1983 y 7 de agosto de 1985, respectivamente”.

VI. La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras de 1993

En fecha 19 de noviembre de 1993 fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela el texto de la *Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras*,³⁶³ (en adelante: *LGB93*) derogando expresamente la *LGB88* en virtud de su artículo 318. Se puede apreciar de inmediato la sustitución del anterior término “Institutos de Crédito” por el término “Instituciones Financieras” para hacer referencia, en virtud del artículo 1º de la *LGB93*, a las instituciones financieras especializadas: bancos comerciales, bancos hipotecarios, bancos de inversión, sociedades de capitalización, arrendadoras financieras y fondos del mercado monetario. Así, el régimen venezolano del estatuto de las Arrendadoras Financieras está contenido en los artículos 78 a 85 de la *LGB93*. Al respecto, el artículo 78 *eiusdem* dispone que “Las arrendadoras financieras tienen como objeto realizar de manera habitual y regular operaciones de arrendamiento financiero (...) así como las demás operaciones compatibles con su naturaleza que hayan sido autorizadas por la Superintendencia, con las limitaciones que este organismo establezca (...)”. Como una novedad, dicha norma dispone que “Estas empresas deberán tener un capital mínimo pagado en efectivo no menor de CUATROCIENTOS MILLONES DE BOLÍVARES (...) No obstante, si tienen su asiento principal fuera del Área Metropolitana de Caracas y han obtenido de la Superintendencia la calificación de arrendadora financiera regional, sólo se requerirá un capital pagado, en dinero efectivo, no menor de DOSCIENTOS MILLONES DE BOLÍVARES (...)”. También es un aspecto novedoso que la norma del artículo 80 de la *LGB93* disponga que “(...) A los contratos y operaciones de arrendamiento financiero no le es aplicable el último aparte del artículo 1.579 del Código Civil”. Aparte de los aspectos comentados *supra*, la *LGB93* no aporta otros elementos novedosos respecto de la *LGB88* en materia de arrendamiento financiero.

³⁶³ GORV No. 4.649 Extraordinario de 19 de noviembre de 1993.

VII. La Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2001

En fecha 13 de noviembre de 2001 la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela³⁶⁴ publicó el texto del *Decreto con fuerza de Ley* que reforma la *Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras* de 1993, derogando la *LGB93* en virtud de su artículo 521 entrando en vigencia el primer día del mes de enero de 2002 en virtud de su artículo 523. Ahora, el régimen vigente del estatuto de las arrendadoras financieras está contenido en los artículos 117 a 125 de la *LGBOIF*. Respecto de la normativa contenida en la derogada *LGB93*, se introducen las siguientes novedades: (1ª) De las Arrendadoras Financieras y el Capital Mínimo. En los artículos 117 y 118, sin variar esencialmente el objeto de las arrendadoras financieras, se incrementa el monto de su capital mínimo de CINCO MIL MILLONES DE BOLÍVARES, pagado en dinero en efectivo o mediante la capitalización de resultados acumulados disponibles a tal efecto.

Pero si tienen su asiento principal fuera del Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas, el monto del capital mínimo ascendió a DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE BOLÍVARES, previa calificación de Arrendadora Financiera Regional obtenida de la Superintendencia de Bancos; (2ª) Del contrato. El artículo 120 contiene sin variación alguna: la descripción de la operación; las opciones del arrendatario al vencimiento del contrato; la inaplicabilidad del régimen de las ventas a plazo sin hacer mención expresa al artículo 1.579 del *CCV*; la misma disposición relativa a los intereses derivados de la operación financiera y el cálculo de los intereses causados por la mora en el pago de las cuotas; (3ª) De la Amortización.

El artículo 121 regula sin reforma alguna: la amortización del precio pagado por la arrendadora financiera; el precio de venta correspondiente al ejercicio de la opción de compra. Pero esta norma precisa que tanto el precio pagado por la adquisición del bien como los derechos y obligaciones contractuales de la arrendadora “constituyen una inversión financiera en cartera de crédito que la arrendadora amortizará a medida que recupere dicha inversión”; (4ª) Resolución del Contrato. El artículo 122 de la *LGBOIF*³⁶⁵ reproduce sin reforma material alguna la misma normativa que al respecto contiene el artículo 82 de la *LGB93* derogado; (5ª) Responsabilidades del Arrendatario. El artículo 123 *eiusdem*³⁶⁶ reproduce sin reforma material

³⁶⁴ GORV No. 5.555 Extraordinario de 13 de noviembre de 2001.

³⁶⁵ Artículo 122 de la *LGBOIF*: “Si la arrendadora financiera solicita judicialmente la resolución del contrato por incumplimiento del arrendatario, de las obligaciones contenidas en el respectivo contrato de arrendamiento, tendrá derecho a que el tribunal, previa solicitud, decrete medida preventiva de secuestro sobre el bien dado en arrendamiento y la designe depositaria judicial del mismo. Transcurridos cuarenta y cinco (45) días continuos, después de citado el demandado de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, la arrendadora podrá, con autorización del tribunal que conoce de la causa de resolución del contrato, enajenar el bien objeto del contrato o ceder su uso, salvo acuerdo en contrario de las partes, en el proceso judicial, antes del vencimiento del plazo aquí indicado”.

³⁶⁶ Artículo 123 de la *LGBOIF*: “Las responsabilidades establecidas en otras leyes a cargo del propietario del bien dado en arrendamiento financiero, en caso de accidentes, daños a terceros o utilización inadecuada del bien, corresponderán exclusivamente

alguna, las normas contenidas en los artículos 83 y 84 de la *LGB93*; Cuenta Especial. El artículo 124 dispone de manera novedosa que a los fines de facilitar la liquidación y posterior pago de los créditos otorgados, sea asignada al deudor de una cuenta especial no movilizable mediante cheques, medios electrónicos o cualquier otra modalidad de pago. En dicha cuenta sólo se podrá depositar el monto exacto de la cuota del período causado o las amortizaciones extraordinarias previstas en el contrato. En ningún caso, los montos mantenidos en dicha cuenta generarán intereses; (6ª) Prohibiciones. El artículo 125 enumera siete prohibiciones a las arrendadoras financieras. Entre ellas, la prohibición contenida en el ordinal sexto de este artículo es dirigida a la constitución de arrendamiento financiero sobre derechos, acciones títulos y valores.

Capítulo 7. Internacionalidad del leasing financiero

Hasta ahora hemos revisado diversos aspectos jurídicos que han permitido la caracterización contractual del arrendamiento financiero en el Derecho privado interno, en tanto que operación que tutela diversos intereses económicos. Hemos recurrido al Derecho comparado con miras al análisis de las circunstancias con las que se pudiera enfrentar una regulación en el tráfico jurídico externo en virtud de la divergencia espacial existente entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Por lo tanto, es necesario conocer la distinción entre un contrato internacional y un contrato interno, porque sus regímenes son diferentes³⁶⁷.

Tal distinción es básica para precisar lo que debe entenderse por leasing o arrendamiento financiero internacional, a efectos de aplicar el Derecho Internacional Privado a los eventuales casos que se le pudieran presentar a los tribunales venezolanos. A tal efecto, analizaremos, en primer lugar, los criterios relevantes que permitan calificar la “internacionalidad” de un contrato de arrendamiento financiero. En segundo lugar, haremos referencia al sistema de fuentes normativas de DIPr venezolano en la Ley de Derecho Internacional Privado promulgada en el año 1988³⁶⁸ (en adelante: *LDIPV*) haciendo la salvedad de excluir de este Trabajo de Tesis dos sectores importantes del DIPr: la determinación de la Jurisdicción internacional de los tribunales venezolanos y el Reconocimiento de Sentencias extranjeras. Luego, sólo trataremos la determinación del Derecho aplicable al fondo de un litigio vinculado con una pluralidad de Derechos extranjeros.

al arrendatario financiero. Sin perjuicio de lo dispuesto en el encabezado de este artículo, las operaciones de arrendamiento financiero no estarán sometidas a la Ley de Arrendamientos inmobiliarios ni a las disposiciones legales sobre arrendamiento establecidas en otras leyes”.

³⁶⁷ Romero, Fabiola, El Derecho Aplicable al Contrato Internacional, en: *Derecho Internacional Privado. Guía y materiales para su estudio por Libre Escolaridad*, Caracas, FCJPUCV, 1997, tomo II, pp. 624-635, esp. p. 627.

³⁶⁸ GORV No. 36.511 de 6 de Agosto de 1998.

I. La internacionalidad del contrato

Aunque la mecánica operacional del leasing financiero es invariable tanto en el tráfico interno como en el externo, no sucede lo mismo respecto de un contrato de Derecho privado relacionado con ordenamientos jurídicos extranjeros. Por ello, podría ser materia de interés para la aplicación del artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*³⁶⁹ que consagra el sistema de fuentes del Derecho Internacional, cuyo contenido es aceptado como tal en Venezuela por ser un Estado que forma parte de la Organización de las Naciones Unidas³⁷⁰. Al mismo tiempo, un contrato de Leasing Financiero Internacional puede constituir la categoría de la norma contenida en el artículo 1º de la *LDIPV* que establece el orden de prelación de las fuentes normativas del sistema autónomo de DIPr³⁷¹. Cabe decir lo mismo respecto del artículo 1º de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*³⁷². (en adelante: *CINGDIP*).

Siguiendo a un importante sector de la doctrina española³⁷³, para que un contrato de leasing financiero mobiliario pueda ser calificado de internacional deben concurrir los siguientes elementos: (a) la presencia de un “elemento extranjero” esencial o accidental, jurídicamente relevante que enlace mutuamente “sujeto” y “objeto” de la relación jurídica desde la perspectiva de un hecho determinado³⁷⁴; (b) el carácter iusprivatista de la relación contractual; es decir, que los sujetos son de Derecho Privado o son sujetos de Derecho Público actuando con carácter

³⁶⁹ El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometida, deberá aplicar: a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”. El artículo 59 *etiusdem* dispone que “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

³⁷⁰ Guerra, Víctor Hugo, *Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de derecho internacional privado*, Caracas, FCJPUCV, 2000, pp. 75-76.

³⁷¹ El Dr. Werner Goldschmidt manifestó su preferencia en cuanto a que “(...) al margen del primer artículo se dijera, en lugar de fuentes, determinación del Derecho competente”. *Vid.* Goldschmidt, Werner, *El Proyecto venezolano de Derecho Internacional Privado*, en: *Revista del Ministerio de Justicia*, 1964, No. 50, pp. 77-88, esp. p. 79. Esta sugerencia parece haber sido recogida por la doctrina venezolana. A tal efecto, *Vid.* Maekelt, Tatiana, *Antecedentes y Metodología del Proyecto General del Derecho Internacional Privado*, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, Serie Eventos No. 11, pp. 15-49, esp. p. 27).

³⁷² La *CINGDIP* fue suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979, en el marco de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II). Ley aprobatoria publicada en la GORV. N° 33.252, de 26 de junio de 1985. Depósito del instrumento de ratificación el 16 de mayo de 1985. El artículo 1º de la *CINGDIP* dispone que “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”. (*Vid.* texto de la *CINGDIP* en: Maekelt, *Material de Clase...*, ob. cit., tomo I, pp. 97-100). Negrillas nuestras.

³⁷³ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., pp. 45-53.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 46.

privado³⁷⁵. La sola presencia del elemento extranjero no es siempre apto para configurar la relación contractual como objeto de Derecho Internacional Privado³⁷⁶; porque esta calificación también es función de la presencia de variados elementos caracterizadores: objetivos y subjetivos, jurídicos y económicos³⁷⁷; lo cual dificulta su determinación en base a una posición única, bien sea legislativa, doctrinaria o jurisprudencial³⁷⁸; si se tiene en cuenta que sobre este aspecto existe y ha existido una cierta dispersión doctrinal³⁷⁹.

La jurisprudencia venezolana también ha intentado precisar una definición de “contrato internacional”. Un ejemplo interesante lo presenta la Sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 9 de octubre de 1997³⁸⁰ conocida como “Sentencia Pepsicola”, a través de la cual la Corte “inició un novedoso —para Venezuela— análisis”³⁸¹. Hasta el presente, ninguna de las leyes venezolanas que disciplinan la operación

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 52.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 48. En este mismo contexto, *Vid.* Dos Santos, Olga María, *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Valencia, Vadell Hnos., 2000, pp. 2-3.

³⁷⁷ Sobre este aspecto, *Vid.* Hernández-Bretón, Eugenio; Contratación internacional y autonomía de las partes: anotaciones comparativas, en: *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, 1995, No. 12, pp. 15-94, esp. pp. 32-35.

³⁷⁸ Barrios, Haydée, La determinación de la Ley aplicable al contrato internacional en ausencia de elección de derecho por las partes: estudio de Derecho Comparado: Suiza, América Latina, en: *Libro-Homenaje a Haroldo Valladão*, Caracas, FCJPUCV, 1997, pp. 127-150, esp. p. 128. En igual sentido, la Profesora Olga Dos Santos ha expresado que “el empleo del criterio económico para la determinación del referido concepto viene resultando de gran utilidad (...) si su objeto es relevante al comercio internacional (...) limitándose el criterio más reciente a considerar un contrato como internacional en tanto sea capaz de afectar los intereses de la actividad comercial de igual naturaleza”. (*Vid.* Dos Santos, *Contratos internacionales...*, ob. cit., pp. 2-3).

³⁷⁹ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 46. Al punto, la Profesora Haydée Barrios ha expresado que “los autores discrepan acerca de las fórmulas que deben emplear para definir el contrato internacional, ya sean americanos o europeos” (*Vid.* Barrios, La determinación de la Ley..., ob. cit., p. 128).

³⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, N.º 13.354, 9-10-1997 (Caso: Embotelladora Caracas, C. A. y otras vs. Pepsi Cola Panamericana, S.A.), en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1998, No. 109, pp. 150-172.

³⁸¹ Hernández-Bretón, Eugenio, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi-Cola”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1998, No. 109, pp. 142-149, esp. pp. 145-146. En esta Sentencia la Corte dijo: “(...) la opinión mayoritaria indica que el carácter de internacional del acuerdo debe ser establecido en su sentido más amplio. De esta forma deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación objeto de la controversia, ya sean legales (nacionalidad, domicilio, lugar de celebración), así como los criterios económicos (transferencia de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y servicios)... se ha señalado que la introducción de criterios económicos facilitaría la determinación de la noción de contrato internacional. Esta materia no sólo representa problemas de tipo jurídico, sino que afecta al comercio mundial. Las experiencias recientes en Francia y en los Estados Unidos de América señalan que los tribunales en esos países, al construir el concepto de contratos internacionales, han sido influidos por consideraciones jurídicas y económicas que escapan de las fronteras del Derecho Internacional Privado. En cuanto a las consideraciones jurídicas, los precedentes franceses indican que, si bien la nacionalidad de las partes es relevante, la misma no es, sin embargo, el factor determinante en la caracterización del contrato como internacional. Lo determinante es el objeto o materia del contrato. Por ello, en un contrato celebrado en Francia entre franceses será internacional siempre que interese al comercio internacional. Ideas similares ha expresado la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en los casos de Zapata y Scherk V. Alberto Culver Co. (...) en los que se quiso señalar como relevante de tales contratos el hecho de que los mismos afecten el comercio internacional que presenten contactos con diferentes leyes, incluyendo normas de conflicto. En cuanto a los aspectos económicos destacan la particular naturaleza transnacional de los servicios prestados o la agresiva penetración económica de nuevos campos de actividades por uno de los contratantes. Todo lo anterior, sin embargo, no permite formular de manera clara la noción de contrato internacional, pero por lo menos pone de manifiesto la insuficiencia de un análisis puramente jurídico sin tomar en consideración los intereses comerciales internacionales de la nación respectiva, ya que no sólo entran en juego las relaciones sociales que se desarrollan en el territorio del Estado, entre ciudadanos de ese Estado, sino también

de arrendamiento financiero ha hecho referencia alguna a la internacionalidad del contrato; aunque otras legislaciones extranjeras sí lo han hecho³⁸².

Además, ciertos instrumentos normativos internacionales han aportado criterios que han permitido configurar la internacionalidad de la relación contractual sobre la que versan. En este sentido, la *Convención de Unidroit sobre leasing financiero Internacional* define la internacionalidad del leasing financiero en su artículo 3, en base a al establecimiento de las partes en países diferentes como criterio jurídico, cuando dispone que la empresa de leasing (*the lessor* o *le crédit-bailleur*) y el Usuario (*the lessee* o *le crédit-preneur*) tengan sus establecimientos en Estados diferentes y, alternativamente, (a) que estos Estados y el Estado donde el Supliador (*the supplier* o *le fournisseur*) sean Estados contratantes o que, (b) tanto el convenio de suministro (*the supply agreement* o *le contrat de fourniture*) y el convenio de leasing (*the leasing agreement* o *le contrat de crédit-bail*) sean regidos por el Derecho de un Estado contratante. Por otra parte, la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* (en adelante: *CIDACI*) dispone en su artículo primero que “(...) se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte (...)”.

La norma *in comento* contiene dos criterios alternativos para definir la internacionalidad del contrato: un criterio jurídico referido a “residencia habitual o establecimiento”³⁸³ en Estados Partes diferentes que hayan ratificado la *Convención* en virtud de su artículo 19³⁸⁴; y un criterio laxo³⁸⁵ referido a la presencia en el contrato de “contactos objetivos”³⁸⁶. Este criterio permite

las que se llevan a cabo en el extranjero, entre extranjeros, relativos a cosas situadas en el extranjero...” (Caso: Embotelladora Caracas, C. A. y otras vs. Pepsi Cola Panamericana, S. A., *supra*).

³⁸² Son ejemplos: las regulaciones sobre leasing financiero internacional en los ordenamientos jurídicos de Argentina, Colombia y Argelia (*Vid.* epígrafes V, VI, y VII; del Capítulo 5).

³⁸³ “Sin embargo, ninguno de los dos puntos de contactos han sido definidos por la Convención de México [*CIDACI*] por lo que la tarea de proceder a una conceptualización de los mismos se trasladará a cada Estado ratificante (...) Cabe la acotación de que el concepto de residencia habitual ha sido recogido en atención a los contratos civiles (...) Debe ser considerada como residencial habitual al domicilio objetivo, sin que sea necesario constatar la existencia del ánimo de permanecer. En cuanto a los establecimientos propiamente dichos, tampoco se distingue entre principales y secundarios, por lo que cualquiera de ellos podrá a contribuir a concederle la internacionalidad al contrato”. (*Vid.* Santos Belandro, Rubén, *El Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, con especial referencia al Contrato de Transferencia de Tecnología*, Montevideo, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 29.). En este contexto, siguiendo las recomendaciones del profesor Gonzalo Parra-Aranguren, en ausencia de definición o calificación autónoma de los puntos de contacto en cuestión, es preciso entenderlos en el sentido que le atribuye el lenguaje ordinario y corriente (*Vid.* Parra-Aranguren, Gonzalo, *La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado*, en: *Revista de la Fundación Procuraduría*, 1999, No. 22, pp. 119-137).

³⁸⁴ Artículo 19 de la *CIDACI*: “Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte”.

³⁸⁵ “El laxismo se manifiesta en el sentido de una tolerancia en el reconocimiento y en la identificación de las conexiones como factores de internacionalidad del contrato” (*Vid.* Santos Belandro, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 30-31).

³⁸⁶ El profesor Eugenio Hernández-Bretón, al analizar la *CIDACI*, expresó que “Por contacto objetivo debe entenderse cualquier vinculación del contrato con un Estado-Parte no derivado de la condición misma de los contratantes, por ejemplo, lugar de

la posibilidad de introducir enfoques de carácter económico en el análisis que realice el tribunal competente sobre la internacionalidad del contrato³⁸⁷; pero también la utilización de otros criterios jurídicos que permitan la valoración de las circunstancias objetivas que pudieran haberse producido en base al ordenamiento jurídico del foro y, que conduzcan a excluir —como en la *Convención de Roma de 1980*— la simple elección voluntaria de un Derecho extranjero con la finalidad de transformar un contrato interno en internacional.

A efectos de complementar lo antes expuesto, los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* no ofrecen criterios que permitan calificar la internacionalidad y la comercialidad de los contratos; lo que hace suponer que su determinación queda en manos del sentenciador³⁸⁸. Sin embargo, estos *Principios* señalan que a la noción de contrato internacional debe dársele una amplia interpretación a efectos de excluir solamente aquellas situaciones que no involucren elementos internacionales. Es decir, aquellos contratos en que todos los elementos relevantes se encuentren vinculados a un solo país³⁸⁹.

En este contexto, “(...) si una relación contractual no se localiza ciento por ciento (100%) en un solo orden jurídico determinado, debe entonces considerarse como un contrato internacional (...)”³⁹⁰. Resumiendo, es condición necesaria que el operador jurídico resuelva la internacionalidad del contrato de leasing financiero mobiliario como una realidad objetiva preexistente a la determinación del Derecho aplicable en cada caso concreto. Solamente cuando el contrato esté relacionado con una pluralidad de ordenamientos jurídicos temporalmente vigentes y espacialmente divergentes, podrá ser objeto, en principio, de las normas de DIPr convencional y, en su defecto, objeto de las normas de DIPr autónomo.

II. Las fuentes de Derecho Internacional Privado venezolano

La internacionalidad del contrato de leasing financiero mobiliario es condición necesaria para la determinación, en primer lugar, de la Competencia Internacional del tribunal venezolano y, en segundo lugar, la determinación del Derecho aplicable al fondo del caso concreto. A efectos de resolver este segundo problema, el Tribunal competente debe recurrir al sistema

celebración, lugar de cumplimiento del contrato” (*Vid.* Hernández-Bretón, *La Contratación Mercantil Internacional...*, ob. cit., p. 4).

³⁸⁷ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable...*, ob. cit., p. 30.

³⁸⁸ Opertí Badan, Didier, *El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano*, en: *Los Principios de Unidroit: ¿un derecho común de los contratos para las américas?*, Valencia, Actas del Congreso Interamericano de Unidroit, 1996, Roma, 1998, pp. 29-75, esp., p. 66.

³⁸⁹ Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit., pp. 35-36. Igualmente, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, No. 13.354 de 9-10-1997 (*Embotelladora Caracas, C. A. y otras vs. Pepsi Cola Panamericana, S. A.*)..., ob. cit., p. 166.

³⁹⁰ Barrios, *La determinación de la Ley aplicable...*, ob. cit., p. 128.

de fuentes de producción normativa venezolano³⁹¹. En primer lugar, debe investigar la posibilidad de aplicar las normas que se generan en virtud de acuerdos entre los Estados (normas de DIPr convencional). En su defecto, deberá aplicar las normas generadas en el ámbito del Estado sentenciador destinadas a reglamentar las situaciones privadas con elemento extranjero (normas de DIPr autónomo). Además, deberá aplicar “cuando corresponda”, las normas creadas en el ámbito de la denominada “sociedad internacional de comerciantes” (la nueva *lex mercatoria*). En este contexto, la norma contenida en el artículo 1º de la LDIPV establece prelativamente las fuentes formales³⁹² del DIPr venezolano en los siguientes términos: “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados”.³⁹³

A. Las fuentes convencionales internacionales

En virtud del artículo 1º de la LDIPV, tienen aplicación de mayor jerarquía “las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados vigentes en Venezuela”. Es decir, “las normas de DIPr convencional”. En el sector del “conflicto de leyes”³⁹⁴, aplicando el artículo 1º de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*³⁹⁵ respecto de los contratos internacionales (v.g. el contrato de leasing o arrendamiento financiero mobiliario internacional) “la determinación

³⁹¹ Para un exhaustivo estudio sobre las fuentes de DIPr venezolano, *vid.* Guerra, Análisis de las fuentes... , ob. cit.

³⁹² “Hay que distinguir entre las fuentes reales y las fuentes de conocimiento de las normas. Quien consulta las primeras adquiere un conocimiento directo de ellas (...). Las normas describen los repartos. Por consiguiente, las fuentes reales de las normas se hallan irremediabilmente en los mismos repartos (...) la autodescripción que de los repartos hacen los propios repartidores, se halla preestablecida, y es, por consiguiente, utilizable para quien busca la norma; en esta hipótesis se habla de fuentes formales” (*Vid.* Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*..., ob. cit., p.27).

³⁹³ En virtud de la disposición contenida en el artículo 63 de la LDIPV, quedan derogadas, entre otras, la disposición contenida en el artículo 8 del *Código de Procedimiento Civil* (en adelante: CPC). El artículo 1º de la LDIPV recoge los principios actualmente vigentes en: el artículo 1 de la CINGDIP, el artículo 8 del CPC y el artículo 4 del CCV. *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: Maekelt, Tatiana (Coord.) *Ley de Derecho Internacional Privado; derogatorias y concordancias*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. 1999, 6ª edición, pp. 53-67, esp. pp. 57-58.

³⁹⁴ “Por lo general, la doctrina alude a la expresión ‘conflicto de leyes’ para referirse a la problemática general del Derecho aplicable. Ello se ha debido a que tal término, pese a todas las imprecisiones que encierra, ha adquirido una cierta carta de naturaleza en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia” (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho Internacional*..., ob. cit., p. 94).

³⁹⁵ La *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* (CINGDIP) fue suscrita en la ciudad de Montevideo el 8 de mayo de 1979, en el marco de la Segunda Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II). Fue ratificada por Venezuela (Depósito del instrumento de ratificación, en la Secretaría General de la O.E.A., el 16 de mayo de 1985. Ley aprobatoria publicada en la GORV. N° 33.252 de 26 de junio de 1985). El texto de la CINGDIP en: Maekelt, *Material*..., ob. cit., tomo I, pp. 97-100.

de la norma jurídica aplicable a los contratos internacionales, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes (...)”. Cabe destacar la similitud en las soluciones que ofrecen tanto el artículo 1º de la *LDIPV* como el artículo 1º de la *CINGDIP* en relación con la determinación del Derecho aplicable al fondo del caso concreto. En otras palabras, ambas normas van dirigidas, sustancialmente, a la determinación del Derecho competente.

Otra fuente de normas de DIPr convencional aplicables al contrato de leasing financiero internacional es la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*³⁹⁶ cuyo artículo 1 dispone que “(...) Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte (...)”. Además, esta *Convención* contiene disposiciones dirigidas a disciplinar aspectos estrictamente obligacionales relativos a cualquier tipo de contrato internacional de Derecho privado; tanto civiles como mercantiles; nominados o innominados; principales o accesorios; sobre bienes muebles o inmuebles; corporales o incorporales³⁹⁷. La aplicación de esta *Convención* es procedente en virtud del artículo 1º de la *LDIPV* y del artículo 1 de la *CINGDIP*; en observancia a la jerarquización formal de las fuentes de DIPr.

Otra fuente de normas de DIPr convencional potencialmente aplicables al leasing financiero internacional es el *Código de Derecho Internacional Privado*, mejor conocido como *Código Bustamante*³⁹⁸ (en adelante: *CB*). Su contenido normativo regula las siguientes materias relacionadas con un contrato internacional: (1º) De las obligaciones en general: artículos 164 a 174; (2º) De los contratos en general: artículos 175 a 186; (3º) De los comerciantes: artículos 232 a 238; (4º) De la cualidad de comerciante y de los actos de comercio: artículos 239 y 240; (5º) Del Registro Mercantil: artículos 241 y 242; (6º) De las Compañías Mercantiles: artículos 247 a 253; (7º) De los Contratos de Seguro: artículos 261 y 262. Cabe mencionar que tanto el “Libro Primero” (Derecho Civil Internacional) como el “Libro Segundo” (Derecho

³⁹⁶ La *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI)* fue suscrita en Ciudad de México el 18 de marzo de 1994, en el marco de la Quinta Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V) Fue ratificada por Venezuela (Ley aprobatoria publicada en la GORV N.º 4.974 Extraordinario, de 22 de septiembre de 1995. Depósito del instrumento de Ratificación, el 26 de octubre de 1995) y es vinculante con México (depósito del instrumento de ratificación el 15 de noviembre de 1996) desde el 14 de enero de 1997. El texto de la *CIDACI* en: Maekelt, *Material...*, ob. cit., tomo II, pp. 258-264.

³⁹⁷ En este sentido, Santos Belandro, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 16.

³⁹⁸ El *Código Bustamante* fue suscrito en el marco de la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana el 20 de febrero de 1928. (Ley aprobatoria promulgada el 23 de diciembre de 1931. Depósito del Instrumento de ratificación el 12 de marzo de 1932. Publicado en la GORV de 09 de abril de 1932). Fue ratificado por Venezuela reservándose la aceptación de los siguientes artículos: 16, 17, 18, 24, 35, 39, 43, 44, 49, 50, 57, 58, 62, 64, 65, 67, 70, 74, 87, 88, 139, 144, 157, 174, 247, 248, 301, 324, 348, 360, 378, y desde el 343 hasta el 435.

Mercantil Internacional) siguen los Códigos Civil y de Comercio españoles de finales del siglo XIX, respectivamente³⁹⁹.

B. Las normas de Derecho Internacional Privado venezolano

Siguiendo la prelación de fuentes normativas de DIPr dispuesta en el artículo 1º de la *LDIPV*, las normas comprendidas bajo esta denominación se aplicarán en defecto de las normas de DIPr convencional contenidas en las fuentes internacionales. Son las normas orgánicamente contenidas en la *LDIPV* —materiales y formales— por lo que las denominamos también aquí “normas de DIPr autónomo”. En este estudio extraemos de este género normativo las especies normativas dirigidas a la determinación de la “Jurisdicción Internacional y Competencia Interna” (Capítulo IX); las reguladoras de la “Eficacia de las Sentencias Extranjeras” (Capítulo X) y las relativas al “Procedimiento” (Capítulo XI); manteniendo *ceteris paribus* la potestad para conocer y decidir de los tribunales venezolanos. Las normas de DIPr autónomo que pudieran aplicarse a un caso concreto de arrendamiento financiero mobiliario internacional son las siguientes: (1º) artículos 2º y 61º: Aplicación del Derecho extranjero; (2º) artículo 20º: Estatuto de las personas jurídicas de Derecho privado. El único aparte de este artículo contiene una calificación autónoma de “lugar de constitución de las personas jurídicas de carácter privado”⁴⁰⁰; (3º) artículos 27º y 28º: Estatuto real; aportando este último una solución al denominado “conflicto móvil”⁴⁰¹ respecto de los bienes muebles; (4º) Artículos 29º y 30º: Obligaciones convencionales; (5º) artículo 31: Aplicación de la *Lex mercatoria* (“cuando corresponda”); (6º) artículos 37º y 38º: validez formal y prueba de los actos jurídicos. En ausencia de “normas de DIPr venezolano” aplicables a un caso de arrendamiento financiero internacional, el artículo 1º de la *LDIPV* dispone recurrir a “métodos o procedimientos de integración del Derecho”⁴⁰².

Prelativamente, “la analogía” y, finalmente, “los principios de DIPr generalmente aceptados”, a efectos de evitar la posibilidad legal de que el Sentenciador falle de acuerdo con sus opiniones personales⁴⁰³ o que fundamente su dictamen sobre principios que puedan oponerse a preceptos consagrados en la Ley. Por ejemplo, si considera el orden público como un conjunto

³⁹⁹ Samtleben, Jürgen, *La aplicación del Código Bustamante en Venezuela*, en: *Libro-Homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, FCJPUCV, 1975, pp. 319-356, esp. p. 321.

⁴⁰⁰ Aparte único del Artículo 20 de la *LDIPV*: “Se entiende por lugar de su constitución aquel en donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas”.

⁴⁰¹ El sintagma “conflicto móvil”, acuñado por E. Bartin (*Principes du Droit international privé*, Paris, 1932, T.I, p. 193), alude a la influencia que ejerce, sobre las situaciones jurídicas existentes, la modificación de la circunstancias de hecho o de derecho en que se basa la determinación de la ley aplicable. El conflicto móvil se plantea cada vez que el deudor traslada el bien, con o sin el consentimiento del acreedor garantizado, a un país distinto de aquel en que se hallaba en el momento de constituirse el derecho real sobre el bien desplazado (*Vid.* Bouza Vidal, *Las garantías mobiliarias...*, ob. cit., pp. 179-180).

⁴⁰² García Maynez, E., *Introducción al estudio del Derecho*. Buenos Aires, Edit. Porrua, 1980, p. 366.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 371.

de principios; teniendo en cuenta que —en el ámbito de aplicación del DIPr— cuando se habla de orden público se hace alusión expresamente a los principios inalienables del Derecho propio⁴⁰⁴.

C. La analogía

La norma contenida en el artículo 1º de la *LDIPV* dispone que “(...) a falta de ellas [las normas de DIPr venezolano], se utilizará la analogía (...)”; porque el Sentenciador venezolano no puede abstenerse de decidir so pena de incurrir en culpa por denegación de justicia⁴⁰⁵. La norma del artículo 4 del *CCV* también ordena tener en consideración “las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas”⁴⁰⁶ cuando “no hubiere disposición precisa de la Ley”; es decir, cuando la interpretación revela que un caso por resolver no ha sido previsto⁴⁰⁷. Pero la materia de las fuentes en el Derecho Mercantil venezolano presenta problemas derivados de la interpretación de los artículos 8º y 9º del *COCOV*. En virtud de la norma contenida en el artículo 9 *eiusdem* “las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley”; es decir, “costumbre *praeter legem*, la que se aplica en silencio de la ley”⁴⁰⁸. Pero un sector de la doctrina especializada ha manifestado que la jerarquía de las fuentes iusmercantilistas está establecida en el artículo 8 del *COCOV* “al consagrar que primero se aplica el Código de Comercio, luego el Código Civil, y por último, la costumbre”⁴⁰⁹.

Para un sector doctrinario italiano resulta claro que “*la aplicación del derecho civil, así entendido, no puede tener lugar sino por analogía* —se ha visto que las normas del Código Civil que disciplinan materia comercial son “*leyes comerciales*”— y entonces aparece evidente también que, entre varias normas que disciplinan materias análogas, debe preceder el recurso por analogía a la norma dictada en la materia más afin, es decir, en nuestro caso, a la contenida en la ley comercial”⁴¹⁰. Otra posición doctrinaria venezolana ha sostenido que por ser “el Derecho Mercantil, con pocas excepciones, un Derecho especial”, “cuando el caso no esté resuelto especialmente por el Código se deben aplicar las costumbres mercantiles y entre las costumbres mercantiles, en primer término, las costumbres especiales que, como establecía expresamente

⁴⁰⁴ Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 151.

⁴⁰⁵ El artículo 19 del *CPC* dispone que “el Juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia”.

⁴⁰⁶ “El método análogo va, como refiere Aristóteles, de lo particular a lo particular coordinado” (Simón Egaña, Manuel, *Notas de Introducción al Derecho*, Caracas, Editorial Criterio, 1984, p. 167).

⁴⁰⁷ García Maynez, *Introducción...*, ob. cit., p. 342.

⁴⁰⁸ Según el artículo 9º del *COCOV*, se reconoce a la costumbre *praeter legem* como fuente subsidiaria en materia de comercio (Vid. Egaña, *Notas de introducción...* ob. cit., pp. 149-150).

⁴⁰⁹ Morales, Carlos, *Comentarios al Código de Comercio Venezolano*, Caracas, Ed. Garrido, 1954, p. 57.

⁴¹⁰ Rotondi, Mario, La analogía de la ley comercial y el Derecho Mercantil, en: *Libro-Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, FCJPUCV, 1967, pp. 589-612, esp. pp. 608-609.

el Código italiano, prevalecen frente a las costumbres generales. Pero aun cuando no existiese una costumbre, no hay que recurrir directamente al Código Civil, sino que se tiene que examinar primeramente si una disposición del Código de Comercio y de las demás leyes mercantiles puede ser aplicada por analogía (...) de modo que nada impide aplicar sus disposiciones por vía analógica⁴¹¹.

Por virtud del artículo 1º del *COCOV*, la normativa que regula especialmente la operación de arrendamiento financiero (acto de comercio) y la cualidad de las sociedades que intervienen en dicha operación (comerciantes) es de naturaleza mercantil. En consecuencia, no puede ampliar su aplicación a relaciones iuscivilistas ni aun por analogía porque estatuye una regulación especialmente mercantil de dicha operación⁴¹². Esto nos permite afirmar la inaplicabilidad analógica del artículo 1.579 de *CCV* y nos permite recordar la *vis atractiva* que la *Ley 50/1965 sobre la Venta a plazos de bienes muebles* española ejercía sobre los contratos de arrendamiento financiero, materializada en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1978*⁴¹³. En dicha Sentencia, la cuestión fundamental consistía en establecer si el arrendamiento financiero era un negocio a través del cual se conseguían los mismos fines económicos que con la venta a plazos de bienes muebles. En este contexto, es necesario considerar los riesgos que pudieran surgir cuando se recurriese necesariamente a la analogía respecto de la existencia de figuras afines al arrendamiento financiero. Desde un punto de vista amplio, la analogía constituye el mecanismo técnico-jurídico mediante el cual podrían aplicarse soluciones específicas de tratados internacionales vigentes en Venezuela frente a terceros Estados no Partes, a efectos de poder determinar el Derecho competente; o en otros casos, la analogía podría permitir la aplicación de soluciones materiales a casos iusprivatistas de tráfico externo cuando no sea posible encontrarlas ni en las fuentes normativas directas de DIPr convencional ni en el sistema autónomo de DIPr venezolano.

D. Los principios de DIPr generalmente aceptados

En virtud del artículo 1º de la *LDIPV* la última fuente normativa a la que puedan recurrir los operadores jurídicos para determinar el Derecho competente aplicable a un caso de arrendamiento financiero internacional en defecto de soluciones que se pudieran lograr mediante integración analógica; es decir, cuando en la ley no hay materias ni casos que comparar⁴¹⁴. Tradicionalmente, la doctrina jurídica no ha sido unánime sobre la naturaleza de lo que se debe

⁴¹¹ Golsdchmidt, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas, Ediar Venezolana, 1979, pp. 39-40.

⁴¹² Morles Hernández, A., *Curso de Derecho Mercantil T.I*, Caracas, UCAB, 1989, 3ª ed., pp. 100 y 101.

⁴¹³ *Vid.* epígrafe I (D) del Capítulo 3. Sentencia del Tribunal Supremo español de 28 de marzo de 1978, en: Cabanillas Sánchez, El Leasing Financiero..., ob. cit., p. 761.

⁴¹⁴ Uzcátegui Urdaneta, Mariano, Interpretación de la Ley e Integración del Derecho, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1989, No. 73, pp. 63-82, esp. p. 81.

entender como “Principios Generales del Derecho”; una de las cuestiones más controvertidas de la literatura jurídica⁴¹⁵, en vista de que pueden desempeñar una diversidad de funciones. Por ejemplo: como elementos comunes a los sistemas jurídicos de las diversas civilizaciones⁴¹⁶; como fuente general de valores (previsibilidad y efectividad); como recurso integrador de Derecho; como origen del Derecho contractual o, como elemento principal de los contratos individuales⁴¹⁷.

En este contexto, los “Principios de DIPr generalmente aceptados” constituyen una especie de los “Principios Generales del Derecho”, razón por la cual aquellos deben colmar todas las funciones antes mencionadas. Pero además, los principios de DIPr, por prescripción expresa del artículo 1º de la *LDIPV*, deben ser “generalmente aceptados”; es decir, no prohibidos *ex potestate legis* aunque La Ley no los defina expresamente. En este contexto, si “las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia” son fuentes normativas primarias en el sistema de DIPr venezolano, los principios de DIPr también tendrán, silogísticamente, el carácter de ser “reconocidos por las naciones civilizadas” tal como lo prescribe el artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* en relación con los Principios Generales de Derecho en tanto que fuente del Derecho Internacional. Respecto de tal “reconocimiento” o “aceptación general” podemos mencionar, entre otros, los tres principios de la justicia formulados por Ulpiano: (1º) *neminem laedere* (no lesionar a nadie) que fundamenta el respeto al Derecho objetivo extranjero; (2º) *suum quique atribuire* (atribuir a cada quien lo suyo), fundamento al reconocimiento en un Estado de los derechos subjetivos válidamente adquiridos en otro Estado y de las situaciones jurídicamente preestablecidas; (3º) *honeste vivere* (vivir honestamente) que considera la honestidad de la vida social como un límite tanto al Derecho objetivo como el respeto de los derechos subjetivos extranjeros⁴¹⁸.

Otro principio generalmente aceptado por la Sociedad Internacional de Estados reside en “la cooperación internacional en la realización de la justicia”; motor principal de la colaboración entre autoridades judiciales y extrajudiciales de países diversos⁴¹⁹. Otros principios de DIPr generalmente aceptados han sido señalados por un sector de la doctrina venezolana de la

⁴¹⁵ García Maynez, E., *Introducción al estudio...*, ob. cit., pp. 370 y 371. Para el profesor Manuel S. Egaña (*Notas de introducción...*, ob. cit., pp. 167 y 168), “Los principios generales del derecho están constituidos por los principios fundamentales de conducta que existen en la cultura del tiempo en que se vive (...) informan y orientan los ordenamientos jurídicos (...) las normas jurídicas son proyecciones de esos principios (...) pueden buscarse tales principios mediante lo que se ha denominado la generalización creciente, procedimiento que, partiendo de lo particular, va por vía de abstracción buscando los principios fundamentales que dieron origen a las diversas normas”.

⁴¹⁶ De acuerdo con el artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, para que los principios generales de derecho puedan actuar como fuente normativa deberán ser “(...) reconocidos por las naciones civilizadas”.

⁴¹⁷ Veytia, Herny, *The requirements of justice and equity in contracts*, en: *Tulane Law Review*, 1995, Vol. 69, No. 5, pp. 1191-1207, esp. pp. 1192 y 1193.

⁴¹⁸ Golschmidt, *Derecho internacional...*, ob. cit., p. 13.

⁴¹⁹ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 55.

mayor competencia, mediante las siguientes “Anotaciones al margen de una Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación”, al desarrollar el tema de la Extraterritorialidad de Leyes y Sentencias extranjeras: “El Derecho Internacional proclama: (a) Que para la *ejecución material* de las sentencias extranjeras, se requiere el *exequatur* o *pareatis* otorgado, en cada caso, por la autoridad judicial competente del Estado donde se pretenda ejecutarla, y ello, de conformidad con la ley territorial (...). (b) Que cada Estado puede, con la más completa autonomía, fijar las condiciones legales necesarias para reconocer eficacia extraterritorial a la *cosa juzgada* resultante de una sentencia extranjera. Y también puede limitar, por razones de orden público, el valor de la sentencia, desde el punto de vista de los efectos que ella puede producir (...).”⁴²⁰.

No menos importantes son los siguientes principios que deben tomar en cuenta los operadores jurídicos: (1º) “Flexibilidad de las soluciones del Derecho Internacional Privado”, principio que conduce a su desarrollo judicial ante la complejidad de las situaciones de tráfico externo sujetas, en todo caso, a variaciones; porque la labor de interpretación, particularmente en la determinación del Derecho competente, exige ciertos márgenes de flexibilidad sin parangón, tal vez, en otras ramas del Derecho⁴²¹; (2º) “Seguridad Jurídica”, principio mediante el cual se persigue mantener un equilibrio frente a la flexibilidad, siendo particularmente útil al establecer, por ejemplo, reglas definidas en materia de Reenvío en la norma contenida en el artículo 4º de la *LDIPV*⁴²²; principio consagrado en los ocho derechos inalienables contenidos en la norma humanitaria contenida en el artículo 49 de la *CRBV*⁴²³ que regula el debido proceso; (3º) “justicia material o justicia del resultado”, principio que sirve de fundamento a las soluciones de cada caso concreto de Derecho Privado Internacional, introduciendo un cambio en la determinación indirecta del Derecho competente mediante las normas formales del DIPr autónomo, “materializando” la mejor localización⁴²⁴.

Finalmente cabe destacar en el ámbito del Derecho contractual: (1º) “la autonomía de la voluntad”, principio medular de los negocios jurídicos que sustenta el poder de las personas para dictar reglas y para dárselas así mismas (*subject made law*); (2º) “Buena Fe y Lealtad Negocial” (*Good faith and fair dealing*) principio al que hacen referencia expresamente

⁴²⁰ Lorenzo Herrera Mendoza, Lorenzo, *Nociones preliminares sobre Extraterritorialidad de Leyes y Sentencias*, Caracas, Empresa El Cojo, 1943, p. 87.

⁴²¹ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 326. En relación a este principio, la doctora Tatiana B. de Maekelt ha comentado que “La flexibilización involucra de una manera muy amplia al Juez, exige trabajo de investigación y comparación, a veces más dificultosos que la aplicación del criticado método conflictual” (*Vid. Maekelt, Tatiana, La codificación interamericana en materia de Derecho Internacional Privado en el contexto universal y regional, en: Libro-Homenaje a Haroldo Valladao*, Caracas, FCJPUCV, 1997, pp. 151-186; esp. p.159).

⁴²² *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: Maekelt, *Ley de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 51

⁴²³ *Vid.* artículo 49 de la *CRBV*, en: GORBV. No. 5.453 Extraordinario de 24 de marzo de 2000.

⁴²⁴ Maekelt, *La codificación interamericana...*, ob. cit., p. 158.

algunos Códigos europeos⁴²⁵; como también la norma contenida en el artículo 1.7 de los *Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*. De hecho, este Principio ha sido siempre norma ideal entre los pueblos en todos los tiempos y lugares⁴²⁶.

III. La *Lex Mercatoria* como fuente de DIPr venezolano

La extraordinaria complejidad del Comercio Internacional como fenómeno histórico que ha evolucionado durante “La transición del feudalismo al capitalismo”⁴²⁷ ha exigido un instrumental jurídico que resguarde los intereses de los operadores, respete la seguridad jurídica y posibilite la realización de las transacciones dentro de un marco de solidaridad. Es innegable que el comercio internacional y las inversiones extranjeras requieren de regulaciones jurídicas consonas con las exigencias derivadas de su dinamismo actual, que se enfrenta con la inadecuación creativa de mecanismos jurídicos aportados por el Derecho internacional. También es innegable la coexistencia de una sociedad políticamente organizada en Estados —la “Sociedad Internacional de Estados”, que comporta un pluralismo de ordenamientos jurídicos y de organizaciones judiciales distintas⁴²⁸— y la denominada “Sociedad Internacional de Comerciantes”⁴²⁹, colectividad por sí misma espontánea, bastante extendida, libre de toda marcación estatal⁴³⁰ que, en función de sus intereses comunes inmersos en el conjunto de sus relaciones internacionales de intercambio económico ha generado una serie de usos y prácticas mercantiles⁴³¹, inveterados por su utilización reiterada, cuyo acervo ha conducido finalmente a la formación de un “Derecho Transnacional”, receptáculo de los principios comunes a los ordenamientos jurídicos y crisol de reglas específicas al cual recurre el comercio internacional⁴³².

Se trata de un Derecho espontáneo que se fundamenta en dos actos básicos: (a) el contrato internacional, fuente y sustrato de prácticas y usos comerciales, definiciones uniformes,

⁴²⁵ Son ejemplos: el artículo 1134 del *CCF*; los artículos 157 y 242 del *BGB*; y el artículo 2 del *ZGB*.

⁴²⁶ *Vid.* La Biblia, Génesis, Capítulo 23, especialmente los versículos 11-20.

⁴²⁷ Maurice Dobb, Maurice, *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, México, Siglo Veintiuno, 1987, pp. 465-479, esp. p. 467.

⁴²⁸ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 182.

⁴²⁹ Goldman, Berthold, *Frontières du droit et lex mercatoria*, en: *Archives de Philosophie du Droit*, 1964, tomo IX, pp. 177-192; esp. p. 178. Se atribuye a Phillippe Kahn la denominación “sociedad internacional de comerciantes”.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 178.

⁴³¹ Algunas Convenciones internacionales que se refieren a los “usos” no contienen una definición de los mismos. Por ejemplo, la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (Viena, 1980) utiliza de manera distinta las expresiones “uso” y “práctica” al disponer el artículo 9º que “1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil que se trate”. Tampoco define la expresión “uso” la *Convención relativa a la Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Bienes Muebles Corporales*, (La Haya 1964). Contrariamente, la *Section 1-205(2) del UCC* lo define así: “*A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, location or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question*”.

⁴³² Goldman, *Frontières...*, ob. cit., p. 184.

condiciones generales de contratación contratos-tipo (*standard contracts*), etc., (b) el arbitraje internacional, instrumento sancionador y medio de autointegración de un Derecho transnacional⁴³³.

Diversos autores especializados han intentado diversas fórmulas definitorias, no coincidentes, con la intención de encuadrar la controvertida noción de *lex mercatoria*⁴³⁴. En ellas se puede apreciar un estado de insatisfacción de los ordenamientos jurídicos nacionales, por la imposibilidad que muestran en aportar soluciones a los problemas fundamentales del comercio internacional que es en definitiva su ámbito de aplicación⁴³⁵.

Con independencia de cómo pueda ser entendida la noción de *lex mercatoria* tanto por sus defensores⁴³⁶ como por sus detractores⁴³⁷ lo cierto es que bajo esta denominación genérica subyace una normativa diversa —de origen, contenido y proyección distintas— dotada de operatividad propia, suficientemente aceptada en el ámbito del comercio internacional como para que los operadores se consideren vinculados por ella; salvo manifestación en contrario. La nueva *lex mercatoria*, en tanto que fuente de producción normativa, se encuentra legitimada en instrumentos que han sido elaborados por asociaciones profesionales —industriales, comerciales y financieras— y por organismos internacionales. Al punto, interesa destacar algunos instrumentos de normativa uniforme, autónoma y de carácter supranacional que han sido desarrollados principalmente por la “Cámara de Comercio Internacional”⁴³⁸ (CCI); el “Instituto

⁴³³ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 183. La autoría de la expresión “Derecho Transnacional” se le atribuye a Jessup, P. C., en su obra *Transnational Law*, New Haven, 1956.

⁴³⁴ El autor Langen, Eugen (*Transnational Commercial Law*, Leiden, 1973) define muy sucintamente *lex mercatoria* como “*The rules of the game of international trade*”. Para Eric Loquin, Eric (*Lámiabie composition en droit comparé et international*, Paris. Librairie Technique, 1980, pp. 308-309) “*lex mercatoria est un nouvel ordre juridique, qui si forme au sein d’une communauté internationale d’hommes d’affaires et de commercants*”. En la misma línea, Berman, H. & C. Kaufman, C. (The law of International Commercial Transactions, *lex mercatoria*, en: *Harvard International Law Journal*, 1978, Vol. 19, No. 1, pp. 221-224) definen *lex mercatoria* como “*an international body of law, founded on commercial understanding and contract practices of an international community, composed principally of mercantile, shipping, insurance and banking enterprises of all countries*”. Finalmente, para el autor Goldstajn, A., (The new Law merchant, en: *Journal of Business Law*, 1961, p. 12) *lex mercatoria* es “*the body of rules governing commercial relationships of a private law nature involving different countries*”. (Strenger, Irineu, La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international, en: *Recueil des Cours*, 1992, II, pp. 207-355, esp. pp. 273-276).

⁴³⁵ Strenger, La notion de *lex mercatoria*..., ob. cit., p. 275.

⁴³⁶ Delaume, George, (Comparative analysis as a basis of law in State Contracts: The myth of the *Lex Mercatoria*, en: *Tulane Law Review*, 1989, Vol. 63, No. 3, pp. 575-613, esp. pp. 576-577) ha comentado que “*(...) certain advocates of the new doctrine would include in it both state and other contracts (...) that the Lex Mercatoria should be the basis of a transnational law of state contracts, considered in their individuality (...)*”.

⁴³⁷ Ha señalado Delaume, George (*ibidem* ob. cit., p. 577) que “*some critics argue that the Lex Mercatoria is a myth without substance because it is incapable of generating a coherent body of rules that would make it unnecessary to have recourse to either domestic or international law (...)*”.

⁴³⁸ La Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) es un organismo privado pero adscrito a la Organización de las Naciones Unidas como organismo consultor. Fue fundada en 1919 como una agrupación de empresarios con inclinación internacional y agrupa hoy en día a más de 7.000 empresas, comités nacionales, y organizaciones en 114 países. En la CCI opera la Corte Internacional de Arbitraje, la cual administra y supervisa arbitrajes internacionales que se someten expresamente a la CCI (*Vid. Rodner, Elementos de Finanzas...*, ob. cit., pp. 969-970 y 1171).

Internacional para la Unificación del Derecho Privado”⁴³⁹ (UNIDROIT) y la “Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional” identificada también con las siglas “CNUDMI o UNCITRAL”⁴⁴⁰.

De los trabajos producidos por la CCI destacan los siguientes: (a) las *Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios*, cuya versión vigente se denomina *RRUU500* (Publicación CCI N° 500, 1993)⁴⁴¹. La utilización de las *RRUU* fue recomendada por decisión de la CNUDMI en fecha 17 de abril de 1975; (b) las *Reglas Oficiales de la CCI para la interpretación de Términos Comerciales (Incoterms)*⁴⁴², cuya versión vigente se denomina *Incoterms 2000* (Publicación CCI No. 560; 2000).

En el seno de UNIDROIT, la producción de *lex mercatoria* tiene su emblema en los denominados *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PUCCI)*. Estos *Principios* “(...) pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por (...) la *lex mercatoria* o expresiones semejantes (Preámbulo donde se expresan sus propósitos). Por esto es por lo que, tal vez, algunos comentaristas no vacilan en afirmar que los *PUCCI* son una especie de *lex mercatoria* moderna que se aplica a los contratos internacionales; bien sea porque las partes hayan elegido someterse a ella o bien porque los árbitros se refieran a ella

⁴³⁹ El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una institución internacional intergubernamental que fue inaugurada el 30 de mayo de 1928 como una fundación sometida al Derecho italiano. En sus orígenes tuvo el carácter de organismo auxiliar de la Sociedad de las Naciones. En su Estatuto original se le asignó como objeto “estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre los grupos de Estados y de presentar gradualmente la adopción por los diversos Estados de una legislación de derecho privado uniforme”. UNIDROIT ha concluido diversos acuerdos de cooperación con otras organizaciones internacionales; y es digno de particular señalamiento el Convenio Sede suscrito con Italia el 20 de julio de 1967, en virtud del cual se le reconocieron los privilegios e inmunidades necesarios para garantizar su autonomía, especialmente frente al Estado italiano (*Vid.* Parra-Aranguren, Gonzalo, La importancia del Instituto Internacional para la Unificación Jurídica del Hemisferio Americano UNIDROIT, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 1992, No. 86, pp. 35-73; esp. pp. 41-49). Para agosto de 1995 contaba con 57 Estados miembros entre los cuales está Venezuela (*Vid.* Kessedjian, Catherine, Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: Les Principes proposés par l’Unidroit, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995, No. 4, tomo 84, 1995, pp. 641-670, esp. p. 643).

⁴⁴⁰ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI ó UNCITRAL) fue establecida por Resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966 aprobada por la Asamblea General, con el objeto de “promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional” (Parra-Aranguren, La importancia del Instituto Internacional..., ob. cit., p. 57).

⁴⁴¹ Las *Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RRUU)* son normas oficiales de la CCI, aplicables a todos los créditos documentarios (incluyendo la Cartas de Crédito Standby, en la medida en que sea aplicable), siempre que así se establezca en el texto del Crédito. Obligan a todas las partes contratantes, a menos que expresamente se estipule lo contrario en el Crédito (artículo 1 de *RRUU500*). Las *RRUU500* fueron adoptadas en Venezuela por el Consejo Bancario Nacional por Resolución de fecha 2 de noviembre de 1995. La misma se publicó en el diario El Universal de fecha 26 de febrero de 1996, y se inscribió en la Notaría Pública 37 de Caracas por documento de fecha 21 de febrero de 1996, inscrito bajo el No. 4, tomo 10 del Libro de Autenticaciones (*Vid.* Rodner, *Elementos de Finanzas...*, ob. cit., pp. 1010 y 1197-1229).

⁴⁴² Los INCOTERMS son normas oficiales de la CCI que tienen por finalidad establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales. Su alcance se limita a los derechos y obligaciones de las partes en un contrato de compraventa y en relación a la entrega de las mercancías vendidas, sin dar por sentado que regulan todas las obligaciones que las partes deseen incluir en el contrato de compraventa (Cámara de Comercio Internacional: *Incoterms 2000*, Publicación CCI No. 560, Barcelona, Comité Español de la CCI, Publicación CCI No. 560. 2000).

como el Derecho competente aplicable al contrato, como solución posible desde el momento en que no hay una elección voluntaria del Derecho competente⁴⁴³. Entre las publicaciones generadas en el seno de UNCITRAL resalta la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* de 1985. Este instrumento ha tenido cierta aceptación general, en virtud de que sus disposiciones prescriben medios fácilmente comprensibles que pueden atender efectivamente los casos sujetos a procedimientos arbitrales; particularmente los arbitrajes *ad hoc*⁴⁴⁴.

Sin pretender abordar cuestiones antagónicas relacionadas con la naturaleza y legitimidad de la *lex mercatoria*, es indispensable establecer como premisa que las costumbres del comercio internacional consisten en la utilización reiteradas de prácticas, usos y estándares formulados por los organismos internacionales mencionados, sin dejar de mencionar otras entidades que influyen fuertemente sobre las comunidades comerciales. En este contexto, se destaca el reconocimiento otorgado a la *lex mercatoria* por la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* de 11 de abril de 1980 (*Convención de Viena*), si consideramos que la función del Derecho Mercantil es lograr que sus normas aporten soluciones a las expectativas de los comerciantes. Al punto, el artículo 6 de la *Convención*⁴⁴⁵ sugiere que su aplicación depende de la voluntad de las partes; admitiendo también, en virtud del artículo 9 *eiusdem*⁴⁴⁶, la supremacía de determinados “usos” y “prácticas” del comercio internacional; teniendo presente que la obligatoriedad de un uso mercantil se basa directamente en la ley y no en la voluntad de las partes.

Tal disposición reconoce la realidad actual del comercio internacional al reflejar la existencia de una pluralidad de usos sectoriales que evolucionan continuamente. Algunos de estos “usos” se encuentran codificados por organismos profesionales⁴⁴⁷. Tales usos (*Gebräuche, usi, usages*) pueden ser acordados entre las partes, obligándolas. Igualmente ocurre con algunas prácticas convenidas entre las partes a través de una relación de cierta duración, como lo dispone el artículo 9.1 de la *Convención de Viena*. También existen algunos tipos de “usos objetivamente aplicables” en virtud de una práctica efectiva del comercio internacional que obligan a las partes pero en virtud de su amplio conocimiento y regular observancia en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil del que se trate (artículo 9.2 *eiusdem*). Son los denominados “usos no pactados”⁴⁴⁸; “usos del tráfico comercial internacional observados en virtud de una

⁴⁴³ Kessedjian, *Un exercice de rénovation...*, ob. cit., p. 654.

⁴⁴⁴ Strenger, *La notion de lex mercatoria...*, ob. cit., p. 238.

⁴⁴⁵ Artículo 6 de la Convención de Viena: “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, (...) establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

⁴⁴⁶ *Vid.* nota 430, *supra*.

⁴⁴⁷ Esplugues Mota, *Compraventa internacional...*, ob. cit., pp. 154-158.

⁴⁴⁸ Hemández-Bretón, Eugenio, *Usos no pactados: del Código de Comercio alemán (HGB) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)*, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1993, No. 90, pp. 81-115, esp. pp. 84-85.

práctica efectiva, sin que para su validez sea necesario un acuerdo entre las partes”. Actualmente, la *Convención de Viena* es Derecho vigente en más de treinta países, por lo que un importantísimo sector del intercambio mundial está regulado por esta *Convención*⁴⁴⁹.

En el ámbito regional existe un creciente reconocimiento normativo de la *lex mercatoria*. Un ejemplo lo representa el *Reglamento (CE) No. 44/2001 del Consejo de la Unión Europea relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil (Reglamento CE 44/2001)* de 22 de diciembre de 2000⁴⁵⁰. En su artículo 23.1.c sobre “la Prórroga de la Competencia”, se reconoce la obligatoriedad de los “usos no pactados” al disponer que “Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un Tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir (...) tal Tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Tal acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita (...) c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado (...)”.

La *lex mercatoria* ha sido receptada como fuente normativa en el sistema de DIPr autónomo venezolano sin que aparezca consagrada como tal en el artículo 1º de la *LDIPV*, lo cual no obsta a que puedan ser aplicables, “(...) cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación (...)” en virtud de la norma material de DIPr autónomo contenida en el artículo 31º *eiusdem*, cuya aplicación procedería sólo en ausencia de normas de DIPr convencional; es decir, en defecto de “normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela”. Al punto, la norma de DIPr convencional contenida en el artículo 10 de la *CIDACI* (1994) expresa literalmente el mismo contenido del artículo 31º de la *LDIPV* (1998). Luego, esta norma de DIPr autónomo venezolano es un calco de aquella norma de DIPr convencional. En todo caso, el señalamiento a “los usos y prácticas comerciales de general aceptación” en ambas normas —enfaticando “las exigencias impuestas por la justicia y la equidad— comprometen a las partes

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁵⁰ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, *Reglamento (CE) No. 44/2001 del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2000*, relativo a la *Competencia judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. 16. I. 2001*, en: Material de apoyo del Seminario intensivo sobre Contratación Internacional, Normas Imperativas, y Libertad Contractual en el Derecho del Comercio Internacional, dictado por la profesora Nuria Bouza Vidal (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona - España), junio-julio de 2004.

contratantes siempre que dichos usos y prácticas sean conocidas suficientemente y observadas regularmente en contratos del mismo tipo⁴⁵¹.

Al respecto, un valioso sector de la doctrina argentina⁴⁵² ha expresado que “las normas materiales uniformes, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional se aplican con preferencia a la ley interna de un Estado que resulte aplicable al contrato (...) Los usos y prácticas también tienen prevalencia jerárquica sobre la ley interna que resulte aplicable por remisión de la norma de conflicto. Los usos pueden revestir una posición superior a las normas materiales, cuando los tratados que las contienen así lo disponen (...) hubiera sido preferible que la CIDIP-V destacara la preeminencia jerárquica de las normas materiales y de los usos del comercio internacional, con relación a la ley interna aplicable (...)”; a menos que la elección voluntaria de la *lex contractus* —en virtud del artículo 29º de la LDIPV— se haya materializado en base a la “autonomía conflictual mercatoria”; es decir, eligiendo un régimen como el de los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*.

Por lo tanto, en Venezuela puede ser elegido voluntariamente el régimen de la *Convención de Ottawa sobre Leasing Financiero Internacional* con preferencia al Derecho material interno que regule las operaciones de arrendamiento financiero internacional. Por otra parte, los artículos 10 de la *CIDACI* y 31º de la *LDIPV* hacen una distinción expresa entre “usos” y “costumbres” en los negocios mercantiles internacionales. Por tanto, podemos entender que se hace referencia a “la costumbre mercantil”⁴⁵³ (*inveterata consuetudo et opinio iuris atque necessitatis*), cuya autoridad y fuerza vinculante provienen de una jurisprudencia internacional bien asentada⁴⁵⁴; estando destinadas a “regular situaciones concretas en donde faltan soluciones legales”⁴⁵⁵. Es decir, colmar las lagunas del Derecho material. Los usos “obran sobre el contrato aun sin el conocimiento o la voluntad de los contratantes (...) valen y deben ser aplicados, sin necesidad de que sean invocados, como verdaderas normas jurídicas (*iura novit curia*)”⁴⁵⁶. Finalmente, cabe destacar que el *Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado* (1963-65) no contiene norma alguna en materia de *lex mercatoria*.

⁴⁵¹ Veytia, The requirements of justice and equity..., ob. cit., p. 1198. Al respecto, cabe observar que esta apreciación pareciera tener su fundamento en el artículo 9.2 de la *Convención de Viena*.

⁴⁵² Noodt Taquela, María Blanca, Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos Internacionales, en: *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI. Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado* (Segovia, 1 y 2/12/1995), Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Eurolex, 1997, pp. 91-134, esp. pp. 109-111.

⁴⁵³ El artículo 9 del *COCOV* dispone que: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los Jueces de Comercio”.

⁴⁵⁴ Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil...*, ob. cit., p. 39.

⁴⁵⁵ Mármol Marquis, Hugo, *Fundamentos de Derecho Mercantil*, Caracas, UCAB, 1992, p. 159.

⁴⁵⁶ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo I, pp. 10-11.

La jurisprudencia venezolana contiene un caso —tal vez el único— relacionado con la aplicación de la *lex mercatoria*⁴⁵⁷. Es la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal de 1º de abril de 1987, que versa sobre una querrela intentada por Banco Unión, S. A. contra Banque Worms, S. A. El objeto de dicho juicio tiene como objeto una Carta de Crédito de Garantía sometida al régimen de los *Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios. Revisión 1974, Publicación 290 de la CCI*. La decisión del Tribunal de Instancia sostuvo que las *Reglas y Usos Uniformes de la CCI* son meros usos interpretativos que no pueden ser equiparados con la Ley; pero pueden ser incorporados dentro del contrato de crédito documentario por voluntad de las partes, salvo que haya una violación al orden público nacional o a las buenas costumbres. Este criterio fue confirmado por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil en Sentencia de 26 de febrero de 1988⁴⁵⁸. Contra esta Sentencia, Banque Worms, S. A. anunció recurso de casación.

Con fecha 5 de abril de 1989, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil Accidental falló declarando sin lugar el recurso intentado por Banque Worms. La Sala observó que “(...) aunque probado en el presente caso la existencia de un texto de esos Usos y Reglas, incorporado por las partes a la relación contractual, los mismos sólo pueden ser considerados como un elemento de hecho. En efecto, dichos usos y reglas no tienen entre nosotros el carácter de verdaderas y auténticas normas legales, al no encontrar apoyo en algún tratado suscrito por Venezuela”⁴⁵⁹. Esta decisión de la Corte Suprema fue comentada por un jurista venezolano de la mayor competencia⁴⁶⁰ al expresar que: “(...) la Corte no entendió la naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes (...) Las Reglas y Usos Uniformes al ser usos mercantiles de aceptación universal, inclusive en Venezuela, sí pueden formar parte del derecho interno y no tienen que originar de un tratado suscrito por Venezuela. La Sala aparentemente concluye, como ya había hecho el Tribunal de Instancia, que la única forma que se incorporan las Reglas y Usos Uniformes es (...) por convenio expreso entre las partes (...) lo cual ignora las disposiciones del Código de Comercio Venezolano relativo a la costumbre normativa (C. de C. artículo 9) o les niega a las RRU el carácter de costumbre”. Finalmente, el destacado jurista venezolano comentó oportunamente que esta jurisprudencia “modifica conceptos tradicionales relativos a la figura

⁴⁵⁷ Rodner, James-Otis, *El Crédito Documentario (la Carta de Crédito Comercial y la Carta de Crédito de Garantía)*, Caracas, Editorial Sucre, 1989, p. 57.

⁴⁵⁸ Sentencia del Juzgado Superior Primero Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, No. 13-88 de 26 de febrero de 1988 (Banque Worms, S. A. vs. Banco Unión, C. A.), en: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, 1988, Vol. 103, pp. 38-46.

⁴⁵⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Accidental, No. 300-89, 5-4-1989 (Banco Unión, C. A. vs. Banque Worms, S. A.), en: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, Vol. 108, pp. 286 - 292.

⁴⁶⁰ Rodner, *El Crédito Documentario...*, ob. cit., pp. 818-821.

del crédito documentario, los cuales (...) forman parte, en mi opinión, importante de la doctrina latinoamericana sobre el crédito documentario”⁴⁶¹.

Capítulo 8. La Convención de *Unidroit* sobre Leasing Financiero Internacional

La normativa de Derecho material uniforme que existe sobre el Leasing Financiero Internacional aporta respuestas materialmente directas a los problemas de tráfico externo. A tal efecto, es necesario precisar las características principales de esta operación que sirven de fundamento para alcanzar el conocimiento su naturaleza contractual. Es decir, que el Derecho aplicable a la relación contractual que se traba entre las tres partes que intervienen en esta compleja operación depende de su cabal categorización. Sin embargo, aún persiste cierta confusión conceptual respecto de sus características funcionales y su naturaleza esencial; lo que se ha traducido en el uso de denominaciones equívocas para otras instituciones que le son afines. Tal confusión ha derivado de imprecisiones terminológicas y conceptuales “dentro de los sistemas jurídicos y entre los sistemas jurídicos”⁴⁶².

Por ejemplo, en el ámbito de *common law* el denominado “leasing financiero” (*financial lease*) no es sustancialmente un *lease* (arrendamiento) sino una forma de ficción legal consistente en un expediente de financiación garantizada con la apariencia de *lease* “que pudiera ser una fuente de confusión e injusticia”⁴⁶³. Por otra parte, en los países de *civil law* se ha intentado reconducir al leasing financiero a una venta a plazos con reserva de dominio⁴⁶⁴, o en otros casos se le pretende encuadrar como una garantía real basada en el derecho de propiedad perteneciente al género de los “derechos de propiedad-garantía” denominados así por la doctrina especializada⁴⁶⁵. Las legislaciones generadas en países donde se ha tratado disciplinar la operación de arrendamiento financiero han sido muy fragmentarias la mayor de las veces. Es decir, han sido orientadas a disciplinar únicamente ciertos aspectos de esta compleja operación. Al respecto, las reglas dirigidas específicamente a los aspectos fiscales o contables del leasing⁴⁶⁶; o leyes que sólo contienen el estatuto de las empresas cuyo objeto es la realización habitual y

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 818.

⁴⁶² Cumming, Ronald, C., Model rules for lease financing: a possible complement to the Unidroit Convention on International Financial Leasing, en: *Uniform Law Review*, 2000, Vol. 111, pp. 371-384, esp. p. 373.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 378.

⁴⁶⁴ Cabanillas Sánchez, El leasing financiero y la Ley de Venta..., ob. cit., pp. 761 ss.

⁴⁶⁵ En este sentido, Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, ob. cit., pp. 205-207.

⁴⁶⁶ *Vid.* en España, el *Real Decreto-ley español 15/1977 de 25 de febrero, sobre Medidas Fiscales, Financieras y de Inversión Pública* y la *Ley de Impuesto sobre Sociedades, de 27 de diciembre de 1978*. En Venezuela, vid. Jorge E. Meneses Corona, Tratamiento impositivo del arrendamiento financiero..., ob. cit., pp. 169-177.

regular de operaciones de leasing o arrendamiento financiero; tal es el caso de la *LGBOIF* en Venezuela; o establecer ciertas modalidades de publicidad que deban ser cumplidas⁴⁶⁷.

Sin embargo, aun cuando la lista de tales reglas se hiciera extensa, estarían muy lejos de poder regir todos los aspectos del leasing financiero, principalmente aquellos concernientes a las relaciones entre las tres Partes involucradas, si se tiene conciencia que la realidad comercial de la operación presenta aspectos de importancia conceptual y funcional en relación con el tipo de reglamentación material eficiente. Tal tipo de reglamentación debería permitir el seguro y total reconocimiento de los derechos que corresponden a los sujetos que intervienen en la operación y los derechos adquiridos por terceros sobre el bien dado en leasing. A la par, debería reflejar que el propósito de la operación es el de “financiar la disponibilidad de uso” de dicho bien sin que la finalidad traslativa de su dominio no tenga sino un carácter eventual; y que además se tenga en cuenta su verdadera naturaleza, especialmente en su manifestación en las relaciones internacionales.

En respuesta a la problemática generada por la disparidad normativa material existente (o su ausencia, en todo caso) entre los Estados o grupos de Estados, *Unidroit* tomo la iniciativa de emprender, en febrero de 1974, la elaboración de un conjunto de normas uniformes en materia de leasing con el fin de paliar esta situación y facilitar la operación en el ámbito internacional; habida cuenta de la creciente importancia del leasing financiero mobiliario como expediente que permita a las empresas tener acceso a las continuas innovaciones tecnológicas sin tener que realizar costosas inversiones en la adquisición de “bienes de producción producidos”.

El proyecto de la *Convención sobre Leasing Financiero Internacional*⁴⁶⁸ (en adelante: *CULFI*) fue adoptado por aclamación en la Conferencia Diplomática para la Adopción de los Proyectos de Convenciones de *Unidroit* sobre *Factoring Internacional* y *Leasing Financiero Internacional*; celebrada por iniciativa del Gobierno canadiense en la ciudad de Ottawa, entre los días 9 y 28 de mayo de 1988. Venezuela envió su representación a dicho evento, participando con cincuenta y cuatro Estados. La *Convención* entró en vigor el primero de mayo de 1995 de acuerdo con lo previsto en sus disposiciones finales⁴⁶⁹. Ha sido ratificada por

⁴⁶⁷ Lucas de Leyssac, Claude, L'obligation de publier les contracts de crédit-bail mobilier et son application dans le temps, en: *Recueil Dalloz Sirey*, 1975, pp. 23-30.

⁴⁶⁸ UNIDROIT, Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1988), en: *Uniform Law Review*, 1988, No. I, pp. 134 - 161. Esta publicación contiene el texto de la Convención redactado en inglés y francés, que son los idiomas utilizados en la redacción original de la Convención. No existe una versión oficial en español.

⁴⁶⁹ Sánchez Jiménez, María A., El contrato de Leasing, en: A. Calvo Caravaca y L. Fernández de la Gándara (dir.), *Contratos Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, pp. 933-978, esp. p. 961.

Francia⁴⁷⁰; posteriormente por Italia (28 de noviembre de 1993) y Nigeria (25 de noviembre de 1994)⁴⁷¹.

Cualitativamente, el objeto principal de la *Convención* es el contrato complejo de Leasing Financiero Internacional y no sus aspectos reales⁴⁷²; reglamentando solamente la operación tripartita en la que intervienen: la empresa arrendadora (*the lessor* o *le crédit-bailleur*), el Usuario o arrendatario (*the lessee* o *le crédit-preneur*) y el Supridor (*the supplier* o *le fournisseur*); limitándose a regular sustancialmente el arrendamiento financiero internacional de bienes de equipos y de producción (bienes muebles de producción producidos); limitando su reglamentación sólo a los aspectos del arrendamiento financiero que reflejen su particular naturaleza y sobre aquellas cuestiones que surgen en la práctica internacional.

Por tal razón, la normativa material uniforme de la *Convención* es selectiva y no extensiva a las cuestiones que no le son específicas⁴⁷³. Tal limitación surge de la confrontación entre “*la razionalità delle soluzioni del progetto di unificazione e la razionalità delle soluzioni del proprio diritto interno*”⁴⁷⁴. Por ser producto de la disparidad de tradiciones jurídicas concurrentes, ello conllevó al abandono de la idea de un primer *Anteproyecto de Ley Uniforme relativo a la forma sui generis de las Operaciones de Leasing Financiero Internacional*⁴⁷⁵. A este anteproyecto le sucedió, después de sustanciales modificaciones, el *Proyecto de Convención* que fue aprobado por el Comité de Expertos Gubernamentales de UNIDROIT en su sesión celebrada en Roma, el 30 de abril de 1987; siendo material de trabajo básico aquel que fue utilizado en la Conferencia Diplomática de Ottawa⁴⁷⁶.

El núcleo central de la *Convención*⁴⁷⁷ está constituido por las relaciones interpartes y principalmente por los derechos y obligaciones creados entre la empresa de leasing (*the lessor*) y el Usuario (*the lessee*), disciplinados mediante reglas materiales uniformes que también rigen los derechos de las partes respecto de terceros. Estas reglas están mezcladas con normas indirectas que son añadidas fragmentariamente sobre aquellos aspectos en los cuales la divergencia espacial de los ordenamientos jurídicos nacionales lo haga necesario. Quedan fuera del ámbito

⁴⁷⁰ Décret No. 95-879 du 28 juillet portant publication de la convention sur le crédit-bail international faite à Ottawa le 28 mai 1988 et signé par la France le 7 novembre 1989 (JO 4 août 1995), en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995, No. 4, tomo 84, p. 856.

⁴⁷¹ Vid. UNIDROIT, *Uniform Law Review*, 1996, No. 1, p. 145.

⁴⁷² Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, ob. cit., p. 247.

⁴⁷³ Voulgaris, *Le credit-bail (leasing)...*, ob. cit., p. 344.

⁴⁷⁴ De Nova, Giorgio, Análisis crítica del proyecto Unidroit sul leasing, en: *Rivista di Diritto Civile*, 1984, No. 5, pp. 532-536, esp. p. 532.

⁴⁷⁵ *Ibidem.*, p. 536. Vid también, UNIDROIT, *Study LIX, Doc. No. 13*, Roma, Marzo de 1981.

⁴⁷⁶ UNIDROIT, Diplomatic Conference for the Adoption of the Draft Unidroit Conventions on International Factoring and International Financial Leasing: Final Act and Texts of two Conventions; Ottawa, May 28th 1988, en: *International Legal Materials*, 1988, Vol. 27, pp. 922-953, esp. p. 929.

⁴⁷⁷ Bouza Vidal, *Las garantías mobiliarias...*, ob. cit., p. 98.

de aplicación de la *Convención* el “leasing inmobiliario” (por no presentar un interés internacional) y el “leasing de bienes de consumo” (porque los bienes de consumo final pueden ser perfectamente financiados mediante otros medios más adecuados y no representar un gran interés económico). Igualmente, quedan excluidas las transacciones de leasing operativo (*operating leasing*) y *lease-back* (*sale and lease-back*).

I. El preámbulo de la Convención

Este preámbulo expresa el propósito de establecer un cuerpo de reglas uniformes que faciliten el “leasing financiero internacional de equipos”⁴⁷⁸. RECONOCIENDO la importancia de suprimir ciertos obstáculos jurídicos que impiden el desarrollo de esta operación; a la par de mantener un justo balance de intereses entre las diferentes partes que en ella intervienen; CONSCIENTES de la necesidad de hacer la operación más accesible y de que las normas jurídicas que rigen habitualmente el contrato de arrendamiento requieren ser adaptadas a la relación triangular característica que nace de la operación de arrendamiento financiero; los Estados Partes de esta Convención RECONOCEN la conveniencia de formular ciertas reglas materiales uniformes relativas a dicha operación en sus aspectos relevantes; esencialmente de Derecho Civil y Derecho Mercantil⁴⁷⁹; excluyendo intencionalmente los aspectos fiscales y contables.

II. Ámbito de aplicación y disposiciones generales

Los primeros seis artículos que conforman el Capítulo Primero contienen normas que regulan los siguientes aspectos de la *Convención*: (1º) el artículo 1: limita su ámbito de aplicación *ratione materiae*, señalando las características de la operación; (2º) el artículo 2: permite la posibilidad de una o más operaciones de *sub-leasing* sobre el mismo equipo; (3º) el artículo 3: establece los criterios calificadores de la “internacionalidad” del leasing financiero; (4º) el artículo 4: establece su aplicación extensiva cuando el equipo se ha convertido en inmueble por adhesión o por incorporación al suelo; (5º) el artículo 5: la exclusión de su aplicación por ejercicio de la voluntad de alguna de las partes, bien en el acuerdo de suministro (*supply agreement*) o bien en el acuerdo de leasing (*leasing agreement*); (6º) el artículo 6: sobre su interpretación: relacionada con su carácter internacional; o con la observancia del principio de buena fe en el comercio internacional; o sobre el respeto los principios generales consagrados en la

⁴⁷⁸ UNIDROIT, *Diplomatic Conference ...*, ob. cit., p. 923.

⁴⁷⁹ UNIDROIT, *Diplomatic Conference ...*, ob. cit., p. 931. Vid. también texto en francés de la *CULFI*, reproducido del *Decreto No. 95-879 de 28 de julio de 1995* (JO 4 de agosto de 1995), en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995, No. 4, tomo 4, pp. 856-864, esp. p. 856.

Convención cuando se trate de cuestiones no reguladas expresamente o; en ausencia de tales principios, conformidad con el Derecho competente determinado en virtud de las normas indirectas del Derecho Internacional Privado.

A. Descripción y características de la operación.

Estos aspectos están regulados en la disposición general contenida en los siguientes dos párrafos del artículo 1 de la Convención: el párrafo 1º se refiere: (a) la compra al proveedor o fabricante (*the supplier*) mediante el convenio de suministro (*the supply agreement*) del bien de equipo (*plant, capital goods or other equipment*) especificado por el Usuario (*the lessee*). Por lo tanto, queda el leasing inmobiliario fuera del ámbito de aplicación de la Convención; (b) la cesión del derecho de uso [propiedad económica] del bien de equipo —mediante el acuerdo de leasing (*leasing agreement*)— al Usuario (*the lessee*) quien se obliga al pago de cuotas (*payment of rentals*) a la arrendadora (*the lessor*). Cabe señalar que la finalidad económica de la operación se alcanza sólo si los mencionados convenios (*agreements*) interactúan de manera interdependiente. De este hecho deriva el carácter unitario y complejo del leasing financiero. El párrafo 2º describe la operación en los tres literales: (a) la especificación del equipo y la selección del Proveedor (*supplier*) corresponden al Usuario (*the lessee*), sin que sea necesario, a tal efecto, valorar las habilidades y opiniones personales del *lessee*; (b) la adquisición del *equipment* por *the lessor* en virtud del *leasing agreement*, el cual debe haber sido conocido por el *supplier* oportunamente; (c) el pago de las cuotas (*payment of rentals*) estipuladas en el *leasing agreement* son calculadas tomando en cuenta, particularmente, la amortización del costo completo del *equipment* o de una parte sustancial del mismo.

B. El ejercicio de la “triple opción”

El párrafo 3º del artículo 1 de la Convención afirma su indiferente aplicación (*whether or not*) de cualquiera de las tres opciones que tiene o que pudiera haber adquirido subsecuentemente el *lessee* al término del *leasing agreement*; a pesar de constituir una característica consustancial⁴⁸⁰ con la operación de arrendamiento financiero y una exigencia legal⁴⁸¹ en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de tradición romanista. Textualmente, pareciera que son dos las opciones: “*the option to buy the equipment or to hold it on lease for a further period, and whether or not for a nominal price or rental*”. Respecto de la opción de compra (*option to buy the equipment*), la Convención no la considera expresamente como una característica

⁴⁸⁰ Buonocore, La locación financiera... ob. cit., pp. 46 y 47.

⁴⁸¹ Por ejemplo, en la norma del artículo 120 de la *LGBOLF*.

inherente a la operación, al no exigirla como un elemento esencial del contrato⁴⁸². Al punto, la *Convención* regula la operación de leasing financiero vaya acompañada o no de la opción de compra; tenga o no finalidad traslativa⁴⁸³.

C. Exclusión del leasing financiero para el consumo

El párrafo 4º del artículo 1 dispone categóricamente que “Esta Convención aplica a operaciones (*transactions*) relacionadas con todo tipo de *equipment*; excluyendo aquellos (*save that which*) que vayan a ser usados por el *lessee* principalmente con propósitos personales, familiares o domésticos.

D. Admisión de operaciones de subarrendamiento

En virtud del artículo 2 de la *CULFI*, sus normas materiales uniformes son aplicables a una o más negociaciones de sub-arrendamiento (*sub-leasing*) que tengan por objeto el mismo bien de equipo. Además de este requerimiento, se deben cumplir los siguientes extremos: (1º) que cada operación pueda ser subsumida dentro de la calificación autónoma de leasing financiero internacional establecida por la *Convención*; (2º) que en cada operación de sub-leasing, la persona de quien el primer *lessor* (tal como fue establecido en párrafo 1º del artículo 1 *eiusdem*) haya adquirido el bien de equipo, sea el Proveedor, como si el *agreement* según el cual el equipo fue así adquirido fuese el *supply agreement*. Es decir, el mismo *supply agreement* para cada sub-leasing.

E. La internacionalidad del leasing financiero

Los dos párrafos del artículo 3 de la *CULFI* establecen los criterios que permiten calificar la internacionalidad del arrendamiento financiero mobiliario. El párrafo 1 califica la internacionalidad de la operación cuando *lessor* y *lessee* tienen el asiento de sus negocios en territorios de Estados diferentes (*different places of business*). Tal condición se cumple: (a) cuando dichos Estados y el lugar de negocios del *supplier* sean Estados Contratantes

⁴⁸² Contrariamente, en España el artículo 19 del *Real Decreto-ley español 1511977 de 25 de febrero, sobre Medidas Fiscales, Financiero y de Inversión Pública* (BOE de 28-11-77), dispone que “...las operaciones de arrendamiento financiero (...) deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento” (*Vid.* Segurado Llorente, *El leasing...*, ob. cit., pp. 159 y 160). En Francia, el artículo 1º de la *Ley No. 66-455 de 2 de julio de 1966*, relativa a las empresas que practican el leasing, dispone que “Las operaciones de leasing (...) dan al arrendatario la facultad de adquirir todo o parte de los bienes alquilados (...)” (*Vid.* Coillot, *El leasing...*, ob. cit., p. 249).

⁴⁸³ Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, ob. cit., p. 247.

(*Contracting States*); o (b) cuando ambos acuerdos (*supply agreement* y *leasing agreement*) son regulados por el Derecho de uno de los Estados Contratantes.

El párrafo 2 toma en consideración el hecho de que las partes contratantes en el convenio de leasing (*the lessor* y *the lessee*) tengan establecimientos en diferentes Estados (*more than one place of business*). En este caso, será Parte Contratante del *International leasing agreement* aquel establecimiento (*place of business*) que tenga la relación más estrecha con dicho *agreement* y su ejecución; siempre tomando en consideración las circunstancias conocidas o contempladas por las partes en cualquier tiempo, antes o al momento de la conclusión de dicho acuerdo. Esta última norma flexibiliza la solución material aportada al consagrar el principio e proximidad o de los lazos más estrechos para determinar el *place of business* de alguna de las partes contratantes cuando tenga más de un lugar para el asiento de sus negocios.

Se puede apreciar que la *Convención* recurre a criterios jurídicos⁴⁸⁴ (v.g. el *place of business* de las partes contratantes en países diferentes) para fijar su ámbito de aplicación espacial. Sin embargo, cuando Supridor y arrendatario están localizados en territorios estatales diferentes el desplazamiento del bien mueble a través de las respectivas fronteras pone en juego los intereses del comercio internacional provocando un flujo “exportación-importación” (criterio de naturaleza económica que establece la internacionalidad de la transacción de suministro) que origina relaciones especiales de índole administrativa y fiscal que, en la práctica, han conducido a conformar las variantes denominadas “leasing de exportación” y “leasing de importación”⁴⁸⁵. Al punto, cabe destacar la importancia de la norma contenida en el artículo 3.1(a) de la *CULFI* que permite la posibilidad de hacer eficaces las normas uniformes que consagran acciones que puede ejercer el Usuario contra el Supridor.

F. Aplicación a inmuebles por incorporación⁴⁸⁶

Los dos párrafos del artículo 4 de la *Convención* extiende su aplicación a aquellos casos en que el bien mueble dado en leasing se convierta en un “*fixture*”. El párrafo 1º del artículo 4 dispone que las disposiciones de la *Convención* no dejan de aplicarse simplemente

⁴⁸⁴ Santos Belandro, *El Derecho Aplicable...*, ob. cit., p. 28.

⁴⁸⁵ *Vid.* epígrafe II (B) del Capítulo 3.

⁴⁸⁶ La doctrina venezolana admite los denominados “bienes incorporados” dentro de la esfera de los inmuebles por su naturaleza. Se dice que la incorporación es artificial cuando el nexo íntimo que une la cosa mueble al inmueble ha sido impuesto por el hombre; pasando la cosa a constituir un todo con el inmueble al cual se incorpora. La importancia que tiene el nexo de incorporación es la de que, mientras exista, los bienes de referencia se consideran inmuebles, y se les aplica el régimen jurídico previsto para esa categoría de bienes. Pero, al dejar de existir el nexo de incorporación pasan a ser bienes muebles (*Vid.* Egaña, *Bienes y Derechos Reales...*, ob. cit., pp. 99-101). Por su parte, la legislación venezolana considera la incorporación de bienes muebles a inmuebles una de las clases de accesión inmobiliaria. En este sentido, el *CCV* sitúa las normas relativas a la materia en la Sección titulada “Del derecho de accesión respecto de los bienes inmuebles” (artículos 554 a 570 *CCV*).

por el mero hecho de que el bien mueble objeto de leasing financiero pase después a ser parte integrante de un inmueble (*a fixture*) o se haya incorporado a un terreno (“bienes inmuebles por su destinación”, en términos del artículo 529 del *CCV*). El párrafo 2º dispone que cualquier cuestión sobre el bien mueble cedido en leasing —haya o no haya sido incorporado posteriormente a un inmueble o a un terreno— los efectos derivados de los derechos *inter se* del *lessor* y la persona titular de un derecho real inmobiliario sobre el terreno serán determinados por “el Derecho del Estado donde el terreno esté situado”. Esta solución que aporta el párrafo 2º consagra el principio *lex rei sitae* que permite determinar indirectamente el Derecho material competente regulador de los derechos *inter se* surgidos de la incorporación.

G. Exclusión por consentimiento de las partes

Este aspecto, basado en el ejercicio de la voluntad de las partes manifiestamente convenida, está regulado en los dos párrafos del artículo 5 de la *Convención*. Según el párrafo 1º La aplicación de esta Convención puede ser excluida solamente si cada una de las partes del convenio de suministro y cada una de las partes del acuerdo de leasing la excluyen. Así la norma contenida en este párrafo consagra el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho contractual; pudiéndose desprender de su texto que la voluntad de la Arrendadora es determinante para dicha exclusión.

Según el párrafo 2º, en ausencia de la exclusión dispuesta en el párrafo 1º, las partes pueden en su relación contractual con las otras parte, derogar o variar el efecto de cualquiera de sus disposiciones materiales, con excepción de los siguientes supuestos regulados con carácter absolutamente imperativo: la perturbación de la pacífica posesión del *lessee* garantizada por el *lessor*, siempre que no se deba a la conducta activa o pasiva de aquel (saneamiento por evicción); la validez de la cláusula que versa sobre la indemnización en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del Usuario respecto de la Arrendadora; la invalidez de pago acelerado de futuras cuotas cuando la Arrendadora haya rescindido el acuerdo de leasing. Sin embargo, el valor de tales cuotas puede ser tomado en cuenta para computar la indemnización derivada de los incumplimientos graves del Usuario en el convenio de leasing.

H. Interpretación y cuestiones no reguladas expresamente

En relación con la interpretación de esta Convención, el párrafo 1º del artículo 6 señala que debe tomarse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de lograr uniformidad en su aplicación, en el marco del principio de buena fe cuya consagración no puede ser excluida

ni restringida en las relaciones mercantiles internacionales⁴⁸⁷ para lograr su objeto y propósito señalado en el Preámbulo. En cuanto a las cuestiones concernientes con materias reguladas por esta Convención y que no están expresamente establecidas conforme a los principios que ella consagra; el párrafo 2º del artículo 6 *eiusdem* aporta una solución conflictual: en ausencia de tales principios generales⁴⁸⁸, aquellas cuestiones deben ser resueltas por el Derecho que resulte competente de acuerdo con las normas indirectas del Derecho Internacional Privado.

III. Derechos y obligaciones de las partes

El núcleo duro de la *Convención* está en las disposiciones materiales uniformes contenidas en el Capítulo II (artículos 7 a 14) que versa, precisamente, sobre las relaciones entre las partes contratantes: en primer lugar, “los derechos del Arrendatario respecto del Arrendador”. Luego, “los derechos del Arrendador respecto del Arrendatario”. A continuación, las “relaciones del arrendador y del arrendatario con el Proveedor”. En segundo lugar, las “relaciones de las partes con terceros”; haciendo referencia a “los efectos de los derechos de las partes respecto de terceros” y “la cesión de los derechos de las partes”.

A. Derechos del arrendatario respecto del arrendador

Como consecuencia de la interdependencia (no subordinación) entre los dos convenios que articulan la operación de leasing financiero mobiliario internacional⁴⁸⁹ pueden surgir efectos derivados del incumplimiento, definitivo o temporal, de las recíprocas relaciones obligacionales que conforman el convenio de leasing. En este contexto, tanto la falta absoluta en la entrega del bien como su entrega tardía o la entrega de un material no conforme con las especificaciones de Arrendatario, le facultan a rechazar la entrega de dicho material o rescindir el acuerdo de leasing⁴⁹⁰. Así lo dispone el artículo 12.1(a) de la *CULFI*. Tal derecho conferido al Arrendatario en virtud del párrafo 1º del artículo 12 *eiusdem* se ejerce y se pierde en las mismas circunstancias como si el Arrendatario hubiese convenido adquirir el bien del Arrendador en los mismos términos establecidos en el acuerdo de suministro. Así lo dispone el párrafo 2º del artículo 12 de la *CULFI*.

⁴⁸⁷ En este sentido, lo dispone el artículo 1.7 de los *PUCCI* relativo al principio de buena fe y lealtad negocial (*good faith and fair dealing*).

⁴⁸⁸ Es notable la referencia que hace la norma del artículo 6(2º) de la *CULFI* a los *PUCCI*.

⁴⁸⁹ Vid. artículos 1.1(a) y (b), y 1.2 de la *CULFI*.

⁴⁹⁰ En virtud de la interdependencia entre los dos convenios que articulan la operación de leasing financiero internacional, la rescisión del convenio de leasing arrastraría la del convenio de suministro y viceversa, ya que este último es una condición para el funcionamiento de aquel.

En este contexto, el arrendatario está facultado, en virtud del artículo 12.1(b), para retener las cuotas pagaderas que fueron estipuladas en el acuerdo de leasing hasta que el Arrendador haya subsanado el incumplimiento relativo a la entrega convenida en dicho Acuerdo; o que el Arrendatario haya perdido el derecho a rechazar el equipo. Así lo dispone el párrafo 3º *in fine* del artículo 12 de la *CULFI*. En caso de que el Arrendatario haya ejercido el derecho de rescindir el convenio de arrendamiento tendrá la facultad, en virtud del párrafo 4º del artículo 12 *eiusdem*, de recobrar todas cuotas y otras sumas pagadas por adelantado, disminuidas en una suma razonable por cualquier beneficio que el Arrendatario hubiese obtenido del equipo.

Por otra parte, el arrendador responde frente al arrendatario de la evicción o de cualquier perturbación en el goce pacífico del equipo por una persona con mayor título o derecho exhibido ante la autoridad judicial; a menos que el título o derecho exhibido por esa persona no haya derivado de un acto u omisión del arrendatario. Así lo dispone el párrafo 2º del artículo 8 de la *CULFI*. Pero las partes no pueden derogar voluntariamente la garantía consagrada en dicho artículo a menos que el título mayor, derecho o reclamo se derivó de un acto negligente e intencional o de omisión del Arrendador. Así lo prescribe el párrafo 3º del artículo 8 *eiusdem*. Sin embargo, el párrafo 1º(a) del artículo 8 *eiusdem* dispone que la Arrendadora no es responsable ante el Arrendatario por defectos del equipo o por cualquier otro perjuicio resultante de la confianza puesta en la competencia del Arrendador, ni de su intervención en la selección del bien y de sus características; o de perjuicios atinentes al Supridor. Esta responsabilidad pesa sobre el Supridor, quien debe indemnizar tanto al Arrendador como al Arrendatario por todo daño derivado de un bien defectuoso, a condición de que no se trate del mismo daño; es decir, que cada uno de ellos debe hacer valer sus propios daños separadamente. Así lo dispone el párrafo 1º del artículo 10 de la *CULFI*.

B. Derechos del arrendador respecto del arrendatario

Cuando el arrendatario incumple, el arrendador tiene derecho a acumular cuotas pendientes por pagar, más intereses y daños. Así lo dispone el párrafo 1º del artículo 13 de la *CULFI*⁴⁹¹. Estructuralmente, este artículo reglamenta, por una parte, los efectos del incumplimiento (*default*) del arrendatario. Por otra parte, se aplica a las cláusulas del contrato que se refieran a esta cuestión⁴⁹². Al respecto, la distinción fundamental obedece a la gravedad del

⁴⁹¹ El texto del párrafo primero del artículo 13 de la *CULFI* habla simplemente de incumplimiento sin hacer precisión alguna. Pero es claro que se refiere principalmente a la inexecución de las obligaciones que pesan sobre el arrendatario. No obstante, las partes tienen la posibilidad de precisar el contenido de este término y fijar de forma exhaustiva el caso concreto del incumplimiento del arrendatario.

⁴⁹² De Nova, Giorgio, La *défaillance du crédit-preneur* sous l'empire de la convention d'Unidroit sur le *crédit-bail* international, en: *Uniform Law Review*, 1996, Vol. 1 (2), pp. 255-259, esp. p. 257.

incumplimiento según se trate de un “incumplimiento sustancial” (*substantial default*)⁴⁹³ o de un incumplimiento no sustancial. Si el incumplimiento es sustancial, el arrendador puede, después de notificar formalmente al arrendatario —para darle una razonable oportunidad de remediar el incumplimiento, siempre que ello sea posible; en virtud del párrafo 5° del artículo 13 de la *CULFI*— terminar el acuerdo de leasing y recuperar el bien de equipo o, si el acuerdo lo permite, apresurar el pago de cuotas no vencidas. Así lo dispone el párrafo 2° del artículo 13 de la *CULFI*.

Si el arrendador opta por la rescisión del acuerdo de leasing, tiene derecho a recuperar la posesión de equipo y obtener una indemnización que lo coloque en una situación análoga a la que hubiera tenido si el Arrendatario hubiese cumplido correctamente el convenio de arrendamiento. Así lo dispone el párrafo 2° del artículo 13 de la *CULFI*.⁴⁹⁴ A todo evento, el Arrendador estará facultado para reclamar la indemnización por daños y perjuicios sólo si ha tomado todas las precauciones razonables y necesarias para mitigar su pérdida. Así lo dispone el párrafo 6° de la *CULFI*. Luego, la arrendadora tiene el deber de mitigar los daños. Así se consagra el principio de “limitación del perjuicio” mediante algunas disposiciones de carácter imperativo dirigidas a proteger al Arrendatario frente a eventuales cláusulas abusivas⁴⁹⁵. Finalmente, con la terminación del convenio de leasing, el Arrendatario tiene la obligación de restituir el bien al Arrendador, en las mismas condiciones en las que le fue cedido, descontando el desgaste correspondiente a un uso razonablemente normal sujeto a la oportuna prestación de mantenimiento del equipo o modificaciones acordadas; a menos que se ejerza la opción de compra o se convenga en un lapso adicional de leasing. Así lo dispone el artículo 9 de la *CULFI*.

El artículo 7 regula: (1°) en su párrafo 1 los derechos reales del *lessor* y del *lessee* frente a terceros. Al punto, los derechos reales del *lessor* sobre el bien de equipo dado en leasing son superiores a los de *lessee* frente al cualquier persona designada para para administrar la masa de la quiebra (liquidador, síndico, etc.) en beneficio de los acreedores, incluyendo los que hayan logrado un embargo o una ejecución forzosa. Respecto al Derecho aplicable a los derechos reales del *lessor*, los párrafos 2° y 3°.

⁴⁹³ El término “incumplimiento sustancial” no se encuentra definido en la Convención (*Vid. De Nova, La défaillance...*, ob. cit., p. 381). Se deja a la apreciación de las partes en el convenio de arrendamiento y del Juez que deba pronunciarse sobre la conformidad con la Convención, de las medidas tomadas por el arrendador contra el arrendatario (*Vid. Voulgaris, Le crédit-bail (leasing)...*, ob. cit., p. 348).

⁴⁹⁴ Bouza Vidal, *Las garantías mobiliarias...*, ob. cit., p. 99.

⁴⁹⁵ De Nova, *La défaillance...*, ob. cit., p. 258. Igual, Bouza Vidal, *Las garantías...*, ob. cit., p. 99.

C. Relaciones del arrendador y del arrendatario con el proveedor

Es respecto de este tipo de relaciones sobre las que la convención aporta una importante innovación. Tradicionalmente el arrendador es parte del convenio de suministro; como tal está facultado para ejercer los derechos derivados de su condición de comprador frente al proveedor. Por tanto, en el caso de que el proveedor no cumpliera con sus obligaciones relacionadas con la entrega del bien conforme a los términos pautados es competencia del arrendador accionar contra el proveedor y no del arrendatario, quien es la parte que sufre los efectos causados por dicho incumplimiento o por ejecución defectuosa del convenio de suministro, al no poder disponer físicamente del bien o no poder usarlo al nivel cualitativo requerido en las especificaciones. Este perjuicio no podría ser compensado por una acción del arrendatario contra el arrendador quien, en la mayoría de los casos, impone cláusulas en el acuerdo de leasing que lo exoneran de responsabilidad respecto a los incumplimientos del proveedor. Para paliar este inconveniente, en la práctica se tomó la previsión de ceder los derechos del arrendador en el convenio de suministro al arrendatario frente al proveedor. Pero en el ámbito del comercio internacional esta solución no era satisfactoria y causaba muchos problemas debido a la natural divergencia espacial entre los ordenamientos jurídicos nacionales.

Por las razones antes expuestas, entre otras, los redactores de la Convención acordaron derechos distintos al Arrendador y al Arrendatario respecto del Proveedor. En primer lugar, el párrafo 1º del artículo 10 de la *CULFI* dispone que “las obligaciones del proveedor resultantes del contrato de suministro podrán ser igualmente invocadas por el arrendatario, como si él mismo hubiera sido una parte de ese contrato y como si el equipo debiera serle suministrado directamente. Sin embargo, el proveedor no será responsable ante el arrendador y el arrendatario con respecto a un mismo daño”. Esta disposición otorga una acción directa al Arrendatario contra el Proveedor sin que ello implique la supresión de los derechos del Arrendatario respecto del Proveedor. Pero los derechos del Arrendador y los del Arrendatario son distintos.

Cada una de dichas partes deberá hacer valer su propio daño derivado de la inexecución o ejecución parcial o defectuosa del Proveedor. Igualmente, si la causa de esos daños es la misma, los perjuicios causados a dichas partes son de naturalezas diferentes. Por ejemplo, la disminución de la cuota de un arrendamiento ulterior respecto del Arrendador y la disminución de la rentabilidad del equipo o los daños emergentes causados por el uso del equipo por el arrendatario. En esta hipótesis, las distintas acciones apuntan a comprometer la responsabilidad del Proveedor y a demandar los perjuicios u otra reparación similar (por ejemplo, la entrega de otro equipo igual). Pero los distintos derechos de estas partes no pueden conducir a la anulación, rescisión o modificación del acuerdo de suministro como consecuencia de la acción unilateral del arrendatario. Como ambas partes (Arrendador y Arrendatario) obtienen ventajas del

convenio de suministro, deben ponerse de acuerdo para ejercer una acción que no toque la sustancia de dicho acuerdo, ni lo afecte sustancialmente ni ponga fin a su existencia.

En segundo lugar, el párrafo 2º del artículo 10 de la *CULFI* dispone que “Nada de lo dispuesto en este artículo otorga al arrendatario el derecho de rescindir o anular el contrato de suministro sin el consentimiento del arrendador”. En consecuencia, el arrendador sí podría demandar la rescisión o la anulación del acuerdo de suministro si la *lex causae* se lo permite y pueda ceder ese derecho al arrendatario. Por otra parte, si se garantiza que el Derecho aplicable al acuerdo de suministro sea el Derecho de un Estado contratante se evita el riesgo de que la disposición uniforme contenida en el artículo 10 *eiusdem* pueda verse burlada cada vez que el Derecho interno del país donde el Proveedor tiene su establecimiento (*place of business*) sea distinta a la convencional si, por ejemplo, negare al Arrendatario el ejercicio de la acción directa que la norma en cuestión le concede por considerar que entre él y el Proveedor no existe relación contractual.

IV. Los derechos del arrendador ante terceros

En relación con los derechos reales implícitos en la “operación de leasing financiero mobiliario internacional”, la *CULFI* sólo regula la oponibilidad de los derechos reales del Arrendador frente a terceros sin pretender resolver la eficacia internacional de tales derechos; particularmente en los casos de una opción de compra y de la quiebra del Arrendatario. En relación con la quiebra del Arrendatario, los redactores de la Convención pensaron muy razonablemente que debería prevalecer la aplicación de la *lex concursus* al leasing financiero internacional dada la participación de la Arrendadora en los dos convenios que disciplinan esta operación. El párrafo 1º del artículo 7 de la *CULFI* dispone, por una parte, que “los derechos reales del arrendador serán oponibles al síndico de la quiebra del arrendatario”, es decir, oponibles “al liquidador, administrador, un otra persona nombrada para administrar el patrimonio del arrendatario para el beneficio del conjunto de los acreedores”. Por otra parte, el artículo 7 *eiusdem* también dispone que “los derechos reales del arrendador serán oponibles (...) a los acreedores del arrendatario, incluyendo los acreedores que posean un título de ejecución definitivo o provisorio”.

Para que se logre el éxito de la oponibilidad de los derechos reales del Arrendador respecto de “el síndico de la quiebra del arrendatario” y respecto de “los acreedores del Arrendatario”, deben cumplirse necesariamente “los requisitos de notificación pública” exigidos por el Derecho aplicable a los Derechos reales. Así lo dispone el párrafo 2º del artículo 7 *eiusdem*. Al respecto, la Convención recurre a una solución conflictual en lugar de ofrecer una reglamentación material y uniforme sobre este asunto; dada la divergencia normativa interna respecto de

los requisitos de publicidad necesarios para que el Arrendador pueda oponer exitosamente sus derechos reales sobre el bien de equipo. Así, en virtud del párrafo 3º del artículo 7 *eiusdem*, el Derecho competente es: (a) en el caso de un “buque registrado”, el Derecho del Estado donde el buque fue registrado bajo el nombre de su propietario; (b) en el caso de una aeronave que se ha registrado conforme a la *Convención de Aviación Civil Internacional* (Chicago, 7 de diciembre de 1944): el Derecho del Estado donde la aeronave se haya registrado; (c) en el caso de otro equipo que pueda ser desplazado normalmente de un Estado a otro, incluyendo motores de aeronaves: el Derecho del Estado en el cual el arrendatario tiene la sede principal de sus negocios (*principal place of business*); (d) en caso de cualquier otra clase de equipo: el Derecho del Estado en el cual se encuentre dicho equipo. Este último supuesto hace referencia a cierto tipo de equipo “usualmente más estable”.

B. Cesión de los derechos de las partes

Es de principio natural que “Nadie está obligado a ceder su propiedad”. Pero la Convención contiene reglas materiales que disciplinan este aspecto en relación con el Arrendador y el Arrendatario en el convenio de leasing. El párrafo 1º del artículo 14 de la *CULFI* dispone que “el arrendador podría transferir o, de otra forma, negociar todos o algunos de los derechos reales sobre el equipo o los derechos que haya adquirido en virtud del convenio de leasing. Tal transferencia no exonerará al arrendador de ninguna de las obligaciones que le corresponden en virtud del acuerdo de leasing ni alterará la naturaleza de dicho convenio o su régimen jurídico tal como está previsto en esta Convención”. Esta disposición apunta muy particularmente a la transacción denominada “*leveraged lease*” según la cual el Arrendador paga una parte del precio de adquisición al Proveedor en tanto que el balance de este precio es aportado por terceros prestamistas a quienes el Arrendador cede una parte de las cuotas como garantía sobre el equipo.

Tal cesión no debe alterar los elementos sobre los cuales se establece el ámbito de aplicación de la Convención, porque si el Arrendatario y el Cesionario de los derechos del Arrendador dejan de tener sus establecimientos (*places of business*) en países diferentes, la Convención no cesaría de ser aplicada entre el Cedente (el Arrendador) y el Arrendatario porque el Cesionario no es un “*Contracting State*” a tenor del párrafo 1º del artículo 3 de la *CULFI*. Por su parte, el Arrendatario podrá ceder su “derecho a usar el equipo” (propiedad económica) o cualquier otro derecho que le corresponda en virtud del convenio de arrendamiento solamente con el consentimiento del Arrendador y sujeto a los derechos de terceros; en virtud del párrafo 2º del artículo 14 *eiusdem*. Tal sería el caso, por ejemplo, los derechos de los terceros acreedores, tanto respecto del Arrendador como del Arrendatario, en una operación de *sub-leasing* sometida a lo dispuesto en el artículo 2 de la *CULFI*.

A modo de conclusión sobre este Capítulo, las soluciones materiales que ofrece la *CULFI* dejan varias lagunas y vacíos respecto de la regulación del leasing financiero internacional; aunque apuntan a la esencialidad de esta operación. En consecuencia, surge la necesidad de recurrir a las normas de conflicto que permitan llenar tales lagunas para determinar el Derecho competente aplicable al caso concreto. Así lo propone, por ejemplo, la norma contenida en el párrafo 2º del artículo 6 de la *CULFI* sobre cuestiones concernientes a materias no reguladas expresamente en la Convención. También recurriendo a una solución conflictual basada en el principio *lex rei sitae* al exigir el requisito de publicidad en materia de oponibilidad de los derechos reales del Arrendador ante terceros, en virtud de la norma contenida en el párrafo 2º del artículo 7 de la *CULFI*. Finalmente, podemos considerar a la *Convención de UNIDROIT sobre Leasing Financiero Internacional* puede como una fuente normativa indirecta del *Derecho Mercantil Internacional* venezolano.

Capítulo 9. Derecho aplicable al contrato de leasing financiero internacional

Fundamentalmente, “en el Derecho Contractual, el principio director del mismo, es el llamado de *la autonomía de la voluntad*, entendiéndose por tal que es la voluntad de las partes la que en principio crea, reglamenta y determina los efectos y consecuencias de los contratos”⁴⁹⁶. Más recientemente, la *Resolución del Instituto de Derecho Internacional* en sesión celebrada en Basilea el mes de agosto de 1991, enfatizando la importancia primordial que tiene el Derecho Internacional Privado para el desarrollo del comercio y las relaciones entre personas privadas en el ámbito internacional, ha considerado que la “autonomía de la voluntad de las partes” es uno de sus principios. Tal Resolución ha reconocido que dicho principio es también una consagración de la libertad individual en la mayoría de los textos convencionales internacionales y en diversas resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas⁴⁹⁷. La autonomía de la voluntad supone el ejercicio de una actividad humana: “querer”; y se puede explicar su institución como *premier principe*⁴⁹⁸ cuyo desarrollo en el campo del Derecho Contractual encuentra una expresión inmediata en el denominado “principio de libertad contractual” que encierra un significado distinto al de “libertad de contratar, libertad de estipular o no estipular”; que se enlaza idealmente con el reconocimiento de la Propiedad Privada, constituyendo así la

⁴⁹⁶ López Herrera, Francisco, El Contrato en el Derecho Internacional Privado, en: *Revista de la Facultad de Derecho, UCV*, 1954, No. 1, pp. 87-100, esp. p. 87.

⁴⁹⁷ Institut de Droit International, L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées (Session de Bale, 26 aout- 3 septembre 1991; 7º Comisión, 31 aout 1991), en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1992, tome 80, pp. 198- 99, esp. p. 198.

⁴⁹⁸ Dolinger, Jacob, Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts, en: *Recueil des Cours*, 2000, Tome 283, pp. 187-503; esp. pp. 208-209. Este autor pretende establecer una diferenciación entre “*fundamental principles*” y “*first principles*” haciendo referencia a un pasaje de los Pensées de Blaise Pascal: “*we know the truth, not only by the reason, but also by the hart and it is in this last way that we know first principles; and reason, which has no part in it, tries in vain to impugn them...*”.

pedra angular de la disciplina general del contrato⁴⁹⁹. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, particularmente en materia de contratación internacional, la doctrina hace referencia al principio de libertad contractual a través de dos distintas instituciones que, no obstante generar su aplicación consecuencias diferentes, están profundamente interrelacionadas: la “autonomía conflictual o autonomía de las partes” y la “autonomía material o autonomía de la voluntad”⁵⁰⁰.

I. La noción de autonomía conflictual

Esta noción, denominada también autonomía de las partes⁵⁰¹, constituye “el más viejo y, es considerado quizá, el *principio de derecho internacional privado* más ampliamente aceptado de todos los tiempos”⁵⁰². Hace referencia, en general, al poder que tienen las partes contratantes, en virtud de una reglode conflicto, para elegir el Derecho material rector del contrato, con el efecto de sustituir aquel Derecho que sería aplicable en ausencia de elección voluntaria por las partes⁵⁰³. Por lo tanto, el funcionamiento de la autonomía conflictual —factor de conexión en la norma de conflicto que permite elegir voluntariamente el Derecho competente que ha de aplicarse a las obligaciones convencionales— somete a las partes al acatamiento del

⁴⁹⁹ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., pp. 15-19. Este autor comenta que “El principio de la libertad contractual puede tomarse en varias acepciones: a) (...) significa que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que éste debe ser el resultado del libre debate entre ellas (...); b) En segundo lugar (...) significa que (...) el contenido del contrato puede ser fijado por las partes a su voluntad (...); c) Un tercer significado (...) es el de la facultad, dejada a las partes, de derogar las normas dispositivas o supletorias (...).”

⁵⁰⁰ Para una precisión terminológica necesaria y suficiente de estos dos conceptos, *vid.* Hernández-Bretón, Eugenio, *Contratación Internacional y Autonomía de las Partes: anotaciones comparativas*, en: *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, 1995, No. 12, pp. 15-94, esp. pp. 29-31.

⁵⁰¹ En la doctrina venezolana, el profesor Eugenio Hernández-Bretón sugiere la utilización de la expresión autonomía de las partes (*partieautonomie*) para hacer referencia a este instituto de DIPr (*Vid.* Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit., p. 30). Sin embargo, en la doctrina extranjera, el profesor español Oriol Casanovas y La Rosa interpreta, contrariamente, la expresión autonomía de la voluntad como, “específica del Derecho internacional privado, como poder de elección de la ley aplicable” (*Vid.* Casanovas y La Rosa, Oriol, *La autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado*, en: *Anuario de Derecho Civil*, 1976, Tomo 29, pp. 1003-1020, esp. pp. 1004-1005). Por su parte, el profesor español Carlos Esplugues Mota utiliza, a los mismos efectos, la expresión autonomía conflictual (*Vid.* Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., pp. 14-15). Igualmente, el profesor argentino Antonio Boggiano utiliza el término autonomía conflictual (*kollisionrechtliche Partieautonomie*) (Antonio Boggiano, Antonio, *International Standard Contracts*, en: *Recueil des Cours*, 1981, Tome 170, pp. 9-113, esp. pp. 49-50).

⁵⁰² Dolinger, *Evolution of principles...*, ob. cit., p. 250. En este sentido, cabe mencionar que la autonomía conflictual está consagrada, con los matices allí presentes, en dos de las Convenciones multilaterales que más nos interesan en relación al leasing financiero internacional, a saber: el *Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales* (no vinculante para Venezuela) y la *CIDACI*. También ha sido recogida unánimemente por los sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado. Por ejemplo: en el artículo 29 de la *LDIPV*; el *Código Civil portugués* de 1967 (art. 41º); la *Ley Polaca sobre Derecho Internacional Privado* (art. 25); a tal extremo para que el profesor danés Ole Lando haya afirmado que la autonomía conflictual forma parte del sustrato común de los sistemas jurídicos (*Vid.* Lando, Ole, *The Conflict of Laws of Contracts. General Principles*, en: *Recueil des Cours*, 1984, Tome 189, p. 302).

⁵⁰³ Struycken, Antón Víctor Marie, *La contribution de l'Académie au développement de la science et de la pratique du droit international privé. Conférences prononcées a l'occasion du soixante-quinzième anniversaire de l'Académie*, en: *Recueil des Cours*, 1998, Tome 271, pp. 21-55, esp. p. 51.

Derecho elegido —tal como es sin modificación alguna, con sus normas imperativas— sólo en virtud de su consagración en los sistemas de DIPr autónomo, con las limitaciones impuestas por las normas internacionalmente imperativas⁵⁰⁴.

Las fuentes normativas formales del DIPr venezolano receptan ampliamente la autonomía conflictual. Respecto de las fuentes convencionales internacionales vigentes en Venezuela, la norma indirecta contenida en el artículo 7 de la *CIDACI* dispone: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes (...)”⁵⁰⁵. Sin embargo, el *Código Bustamante* no la consagra, tal como se concibe en el Derecho contractual contemporáneo⁵⁰⁶. No obstante, es preciso reconocer que la ha desarrollado implícitamente⁵⁰⁷ cuando hace referencia, en primer lugar, a “la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas” en la norma contenida en el artículo 3º (III)⁵⁰⁸. En segundo lugar, cuando en la norma del artículo 184 *eiusdem*⁵⁰⁹ hace referencia a “la voluntad tácita de las partes”, destinada a regular la interpretación de los contratos. En tercer lugar, cuando menciona “la falta de voluntad expresa o tácita” en el artículo 185 *eiusdem*⁵¹⁰, al regular la ley aplicable a los “contratos de adhesión”. En el sistema de DIPr autónomo venezolano, la autonomía conflictual funciona como factor de conexión “tácito” en la norma de conflicto contenida en el artículo 29º de la *LDIPV* que dispone: “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”⁵¹¹. Tal indicación debe ser manifestada válidamente para evitar la aplicación de la norma contenida en el artículo 30º *eiusdem*.

⁵⁰⁴ Por ejemplo, la norma del *Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales*, que expresa en su artículo 1.2 que las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a las obligaciones contractuales relativas a: los testamentos y sucesiones, los regímenes matrimoniales, etc. En el mismo sentido, el artículo 5(b) de la *CIDACI*.

⁵⁰⁵ El profesor mexicano Leonel Pereznierto Castro señaló que “la única limitación a este amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes son las leyes de aplicación inmediata del foro (art.11)” (*Vid.* Noodt Taquela, *Convención interamericana...*, ob. cit., p. 95, nota 7).

⁵⁰⁶ Operti Badan, *El estado actual del tratamiento jurídico...*, ob. cit., p. 62.

⁵⁰⁷ Maekelt, Tatiana, *Contratos internacionales. Regulación internacional y regional, situación venezolana*. Seminario. Cuestionario sobre contratación internacional - Curso de doctorado. 1992, pp. 12-13. También *Vid.* Operti Badan, *El estado actual del tratamiento...*, ob. cit., p. 63).

⁵⁰⁸ Artículo 3 del *CB*: “Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: (...) III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado”.

⁵⁰⁹ Artículo 184 del *CB*: “La interpretación de los contratos debe efectuarse, como regla general, de acuerdo con la ley que los rija. Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 186 y 187, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de la voluntad”.

⁵¹⁰ Artículo 185 del *CB*: “Fuera de las reglas ya establecidas, y de las que en lo adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”.

⁵¹¹ El Código Civil venezolano define el contrato como una especie de convención al disponer en su artículo 1.133 que “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”. Luego, en la categoría o supuesto del artículo 29 de la *LDIPV* tienen cabida, además de las obligaciones contractuales, todas las obligaciones derivadas de cualquier tipo de negocio jurídico internacional.

II. La noción de autonomía material

Denominada también por importantes autores “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”⁵¹² hace referencia, tanto en el tráfico jurídico interno como en el externo, al poder que el Derecho material reconoce a las partes para que estructuren su contrato en la forma que estimen más conveniente en función de aquel Derecho competente que hayan elegido voluntariamente en atención a sus particulares expectativas; configurando reglas de conductas recíprocas con la consiguiente responsabilidad en cuanto a su actuación en la vida social, por cuanto resulta imposible para los Estados legislar cada tipo de contrato adecuadamente. En casos de aplicación del DIPr, la autonomía material tiene una naturaleza específica. Tiene que ser ejercido en el ámbito del Derecho competente, por lo que su funcionamiento presupone el ejercicio de la autonomía conflictual. Es decir, una vez que ésta ha sido aceptada, aquella se convierte en su implícita consecuencia⁵¹³. Alude, entre otros aspectos, a la regulación material de las relaciones; a la conformación sustancial del negocio y a las obligaciones de cada parte contratante. Es decir, en virtud de la autonomía material las partes pueden incorporar a su contrato términos sustantivos acordados mutuamente en vista de una mayor adaptación de la regulación contractual a las necesidades prácticas de la operación mercantil; otorgando seguridad a la transacción, lo que se traduce, finalmente, en equidad.

III. Los principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*

Un principio consagrado en la aplicación del Derecho contractual que encuentra fundamento en el reconocimiento y respeto en la autonomía de la voluntad es recogido en el aforismo *pacta sunt servanda*⁵¹⁴; en cuya virtud las partes se obligan a cumplir lo establecido válidamente en su contrato lo que en la práctica se traduce en su observancia y ejecución. La consagración de este principio persigue la seguridad económica encarnada en las legítimas expectativas de los contratantes mediante el reconocimiento de la “fuerza obligatoria” de los contratos

⁵¹² En la doctrina venezolana, el profesor Eugenio Hernández-Bretón sugiere la utilización de la expresión autonomía de la voluntad (Privatautonomie) para hacer referencia a este instituto de derecho material (*Vid.* Hernández-Bretón, E., “Contratación internacional y Autonomía de las Partes...” ob. cit., p. 30). A los mismos efectos, en la doctrina extranjera, el profesor español Oriol Casanovas y La Rosa emplea el término “autonomía privada” cuando hace referencia a “la facultad de reglamentación que opera respecto a las normas dispositivas” (*Vid.* Casanova y La Rosa, La autonomía de la voluntad..., ob. cit., pp. 1004-1005). Por su parte, el profesor español Carlos Esplugues Mota utiliza la denominación “autonomía material” (*Vid.* Esplugues Mota, Carlos, Régimen general de la contratación internacional, en: J. Fernández Rozas (ed.), *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 273-281, esp. p. 273). El profesor argentino Antonio Boggiano (*International Standard...*, ob. cit., pp. 48-50), utiliza indistintamente las expresiones autonomía sustantiva (*substantive autonomie*) y autonomía material (*autonomie matérielle*).

⁵¹³ Boggiano, *International Standard...*, ob. cit., pp. 49-50.

⁵¹⁴ El principio *pacta sunt servanda* ha sido consagrado ampliamente en los sistemas jurídicos nacionales. Por ejemplo: en el artículo 1.159 del *CCV* y en el artículo 1545 del *Código Civil chileno*. También ha sido recogido por algunos instrumentos internacionales; por ejemplo: en el artículo 1.3 de los *PUCCI*. Contrariamente, no está incorporado en la *Convención sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías* (Viena, 1980) ni en la *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*; ambos auspiciados por UNCITRAL.

basada en el mutuo asentimiento válidamente manifestado. Sin embargo, un apego excesivo a dicha máxima podría crear significantes dificultades. Particularmente, en el caso de los contratos internacionales de tracto sucesivo —característica del contrato de leasing financiero internacional— en los que pudieran sobrevenir cambios circunstanciales de orden económico y político, más allá del control de las partes después de su conclusión⁵¹⁵. Tales cambios pudieran conducir al fracaso del resultado práctico aun cuando, en el ánimo de las partes, no privase la disolución del contrato sino, por lo contrario, su continuación y normal terminación. Surge, en consecuencia, el principio *rebus sic stantibus*⁵¹⁶ a modo de corolario que se opone al principio *pacta sunt servanda*. Tal principio sirve de fundamento a las denominadas cláusulas de *hardship* que responden a la voluntad de las partes dirigida al aseguramiento de una adaptación de su relación contractual a las nuevas circunstancias que pudieran surgir en el desarrollo de dicha relación⁵¹⁷.

IV. Las cuestiones calificables como contractuales

Estas cuestiones son el resultado de la formación del contrato, que no tiene consecuencias directas e inmediatas sobre el interés común de la sociedad ni sobre los intereses de terceros, por ser fuente principal de las mutuas obligaciones concernientes a los particulares. Es decir, son en principio *res inter alios acta*, por lo que tales cuestiones son las que pueden ser reguladas directamente por las partes mismas a través de las cláusulas contractuales que establecen, basadas en el carácter dispositivo del Derecho; con excepción de otras cuestiones reflectantes de intereses socioeconómicos que deben ser regulados imperativamente mediante ciertas normas de necesaria aplicación.⁵¹⁸ Son pues, cuestiones que son objeto de la autonomía material. Dicho de manera simplista: son objeto de autonomía material todas las cuestiones que no son regidas disposiciones imperativas del Derecho material. Respecto de los casos que deban ser resueltos por aplicación del Derecho Internacional Privado, las partes en un contrato

⁵¹⁵ Ejemplos de estos “cambios en las circunstancias” sobre las que se perfeccionó el contrato serían: el efecto de una dramática inflación sobre el costo de la prestación a cargo de una de las partes o la disminución del valor de la prestación a cargo de la otra (*vid.* artículo 6.2.2 de los *PUCCL*).

⁵¹⁶ La doctrina de *rebus sic stantibus* soporta la validez del contrato en función de la estabilidad de las circunstancias. La interpretación contractual de este principio ha sido fundamentada sobre dos teorías distintas: la primera considera a las circunstancias imprevistas como inherentes a la noción de acto jurídico, particularmente un contrato. La segunda teoría la considera como una manifestación de la noción moral del Derecho (*Vid.* Veytia, *The requirements of justice...*, ob. cit., pp. 1200-1203).

⁵¹⁷ Esplugues Mota, *Régimen jurídico...*, ob. cit., p. 81. *Vid.* epígrafe II del Capítulo 11.

⁵¹⁸ Entre los supuestos de estas normas imperativas cabe señalar, en primer lugar, los casos en que la protección se proyecta genéricamente a determinados contratos (por ejemplo, los contratos con consumidores). En segundo lugar, aquellos casos en los que las partes contratantes ven limitada o condicionada su libertad contractual como consecuencia de la presencia de distintas normas de aplicación inmediata que constituyen una interferencia en el normal juego del Derecho que gobierna al contrato, precisamente para evitar diversos efectos nocivos sobre la sociedad (*Vid.* los artículos 1 y 117 de la *LGBOIF*, en lo referente a las arrendadoras financieras).

internacional tienen legalmente la potestad de elegir voluntariamente el Derecho material competente que regule el cumplimiento de las mutuas obligaciones convenidas, aceptando la aplicación de las normas imperativas contenidas en el Derecho elegido; también las contenidas en la *lex fori*⁵¹⁹. Pero, en virtud del artículo 11 de la *CIDACI*, pueden ser aplicables las normas imperativas de un Derecho extranjero con el cual el contrato tenga “vínculos estrechos”; a discreción del Juez internacionalmente competente⁵²⁰. El ejercicio de la potestad atribuida legalmente a las partes para someter un contrato a la regulación de un Derecho extranjero versa sobre cuestiones que son objeto de la autonomía conflictual. En adelante, haremos referencia a su amplia funcionalidad respecto del contrato de arrendamiento financiero internacional, concretada en diversos aspectos que están contenidos —expresa o tácitamente— en los instrumentos jurídicos que son fuente normativa del sistema de DIPr venezolano.

V. La libertad elección del Derecho competente

En Venezuela, son dos los instrumentos jurídicos que, en principio, articulan la potestad que tienen las partes para elegir libremente el Derecho competente que pueden disciplinar las diversas relaciones convencionales en el complejo contrato de arrendamiento financiero internacional. Particularmente: (a) los artículos 7 y 8 de la *CIDACI*⁵²¹; y (b) el artículo 29º de la *LDIPV*⁵²². Aunque el artículo 185 del *CB* tiene como supuesto “los contratos de adhesión”, presume aceptada para disciplinarlos “la ley del que los ofrece o prepara”; pero a falta de voluntad expresa o tácita⁵²³. En ambos artículos, no se exige la existencia de un vínculo objetivo razonable entre el Derecho elegido y el contrato para hacer valer la elección voluntaria, lo cual es un aspecto natural de la teoría de la localización el supuesto de tráfico jurídico externo (método de atribución).

El carácter tripartito del arrendamiento financiero internacional genera un problema de elección voluntaria del Derecho competente llamado a disciplinar tanto su validez como su contenido personal; aunque la operación presenta una unidad insoslayable desde el punto de vista económico⁵²⁴. Tal problema surge de la pluralidad de transferencias patrimoniales entre

⁵¹⁹ Tales normas imperativas son de aplicación necesaria por el Juez, cualesquiera sean los elementos extranjeros que pudieran darse en el supuesto de hecho concreto de que se trate. En la materia concernida, la *lex fori* niega la internacionalización de la reglamentación declarándola necesariamente aplicable.

⁵²⁰ La solución aportada por el artículo 11 de la *CIDACI* deriva de la concordante aplicación de los artículos 3.3 y 7.1 de la *CLAR80*.

⁵²¹ Artículo 7 de la *CIDACI*: “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”. Artículo 8 *eiusdem*: “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente”.

⁵²² Artículo 29 *LDIPV*: “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”.

⁵²³ Artículo 185 del *CB*: “(...) en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”.

⁵²⁴ Sánchez Lorenzo, *Las garantías reales...*, ob. cit., p. 222.

el Usuario, la Arrendadora y el Supridor, que tienen como expediente jurídico una fusión de relaciones *inter partes* que, consideradas aisladamente, pertenecen a tipos contractuales internacionales diferentes por estar las partes en Estados contratantes diferentes. Esta razón ha conducido a caracterizar como “complejo” al contrato de leasing financiero internacional. Luego, el tratamiento de dicho problema ha originado discrepancias jurídicas que se han polarizado, centrándose en dos posturas doctrinarias: la “postura unitaria” que aboga por la aplicación de una misma ley a todas las relaciones *inter partes* basándose, en primer lugar, sobre la unidad causal del contrato de arrendamiento financiero y, en segundo lugar, en que el convenio de leasing es el que constituye *stricto sensu* el único y verdadero contrato de leasing financiero.

Luego, las demás relaciones se articulan alrededor de dicho convenio, por lo que deben regirse por el mismo Derecho competente que lo disciplina. Por otra parte, “la postura de la diversidad” sostiene la distinción del Derecho aplicable defendiendo la determinación independiente del Derecho competente a cada relación *inter parte* inmersa en la operación⁵²⁵. No obstante, un importante sector de la doctrina española ha sostenido que, en cualquier caso, no es estrictamente necesario trasladar las vicisitudes que padecen los derechos materiales internos al terreno del DIPr; cuya respuesta permite y aboga, en todo caso, al fraccionamiento, sin perjuicio de las ventajas que presenta la unidad de la ley aplicable⁵²⁶. Además, tal sector doctrinario agrega que “el fraccionamiento de las partes [relaciones] de un contrato a efectos de una aplicación distinta, es una práctica permitida bajo ciertos límites, que puede resultar particularmente operativa y funcional en el *leasing*”⁵²⁷. Finalmente, a efectos de la libre elección del Derecho competente, cabe tener en cuenta la cuestión que surge en torno a la accesoriadad y dependencia jurídica del acuerdo de garantía sobre la propiedad respecto del contrato principal de leasing financiero internacional. De tal coyuntura puede surgir una serie de situaciones relacionadas con la protección de la posesión mobiliaria como apariencia de la propiedad en el tráfico mobiliario y con la protección de la seguridad del tráfico externo.

VI. El fraccionamiento voluntario del contrato

En el ámbito de aplicación del DIPr, el uso del vocablo “fraccionamiento” no debe confundirse con el significado del término “fragmentación”, que debe asociarse lógicamente con el método sintético: fragmentamos un organismo (la unidad) a efectos de analizar individualmente el desempeño de cada uno de los fragmentos (los órganos) con intención de “sintetizar” el desempeño unitario del organismo. Con el fraccionamiento no se persigue “analizar” y mucho menos “sintetizar”. Por tanto, el fraccionamiento del contrato hace referencia al

⁵²⁵ Sánchez Jiménez, *El contrato de leasing...*, ob. cit., p. 933.

⁵²⁶ Sánchez Lorenzo, *Las garantías reales...*, ob. cit., p. 223.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 224.

desmembramiento de la categoría contractual en sus diversas “partes separables e independientes unas de otras desde el punto de vista jurídico y económico”⁵²⁸; elegidas coherentemente, con la finalidad de someterlas a la regulación de Derechos distintos. Es decir, “referirse a los elementos del contrato que puedan regirse por leyes distintas sin dar lugar a resultados contradictorios”⁵²⁹. Para un importante sector de la doctrina argentina, el fraccionamiento del contrato internacional constituye “un fundamento suplementario a la autonomía material de las partes”⁵³⁰. En este contexto, debe aclararse que si existe una incorporación material de una ley, allí no habría fraccionamiento puesto que para que esto ocurra la ley deberá actuar como tal y no como una cláusula contractual⁵³¹.

Cuando el fraccionamiento del contrato se realiza en base a la autonomía conflictual recibe el calificativo de “voluntario” o “convencional”. En el ámbito del DIPr convencional, el artículo 7 de la *CIDACI* lo recepta expresamente, sin imponer limitación alguna, al disponer que “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes (...) Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”. Esta norma sigue las huellas del artículo 3(1) del *Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales* (Roma, 1980). Pero, aunque la norma contenida en el artículo 29º de la *LDIPV* no lo disponga expresamente, se puede afirmar que admite implícitamente el fraccionamiento voluntario del contrato porque su tipo legal es precisamente “las obligaciones convencionales”, que pueden ser disciplinadas, “cada una”, por un Derecho elegido voluntariamente por las partes en virtud de la autonomía conflictual consagrada en dicha norma.

Las diversas relaciones jurídicas que surgen entre los tres sujetos durante el *iter* operacional del arrendamiento financiero internacional pueden generar consecuencias jurídicas distintas en función del lugar donde ellos tengan su establecimiento (*place of business*). Al punto, las siguientes condiciones de borde deben ser precisadas a efectos de considerar las diversas situaciones hipotéticas que podrían presentarse al fraccionar el contrato en función de las diversas relaciones *inter partes*: (1ª) Usuario establecido, en todos los casos, en Venezuela; (2ª) Proveedor establecido, en todos los casos, en un país extranjero “P”; (3ª) Arrendadora, establecida eventualmente según el caso concreto en: (i) en Venezuela; o (ii) en el país extranjero “P”; o (iii) en otro país extranjero “A”. La amplia recepción de la autonomía conflictual en el DIPr venezolano puede permitir la elección voluntaria de Derechos distintos relacionados coherentemente con el contrato orgánicamente complejo —en tanto que contrato principal— sin

⁵²⁸ Giuliano, Mario y Lagarde, Paul, Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a /as obligaciones contractuales, en: *DOCE*, C 327, 11 de diciembre de 1992, p. 10.

⁵²⁹ Giuliano y Lagarde, Informe relativo..., ob. cit., p. 10.

⁵³⁰ Boggiano, Antonio, La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT, en: *Uniform Law Review*; 1996, Vol. 1, pp. 219-228, esp. p. 220.

⁵³¹ Santo Belandro, *El derecho aplicable...* ob. cit., p. 81.

perjuicio de las ventajas que puedan derivar de la aplicación individual a las obligaciones convencionales *inter partes*; porque las normas de conflicto aplicables a los contratos parten, en principio, de las obligaciones contractuales y no del contrato⁵³². Por lo tanto, en los epígrafes que siguen, haremos referencia a las diversas etapas del *iter* operacional del arrendamiento financiero de donde surgen diversas obligaciones convencionales susceptibles de ser reguladas individualmente por el DIPr venezolano.

A. Las negociaciones previas

Son diversas las relaciones jurídicas que inicialmente se desarrollan dentro de la denominada “etapa precontractual” de la operación de arrendamiento financiero. A partir del momento en que el “interesado” venezolano (potencial Usuario), actuando *motu proprio* dirige una *invitatio ad offerendum*⁵³³ al Proveedor extranjero sin que haya existido, previamente, alguna relación con la empresa Arrendadora. Estas negociaciones previas entre Interesado y Proveedor⁵³⁴, enmarcadas dentro de la complejidad característica de la operación, se solapan posteriormente con aquellas otras negociaciones que comienzan a plantearse desde el momento en que el Interesado envía a la empresa Arrendadora una solicitud de *leasing*; es decir, una solicitud de financiamiento para la adquisición de la propiedad económica de un bien de equipo acompañada de una “oferta firme”⁵³⁵ de venta internacional emitida al Interesado por el Proveedor extranjero, como es usual en el tráfico mercantil.

⁵³² Sánchez Lorenzo, *Las garantías reales...*, ob. cit., pp. 223-224.

⁵³³ La “invitación a ofrecer” (*invitatio ad offerendum*) es un procedimiento singular que puede desembocar en la formación del contrato que se hace a una o más personas separadamente para que se hagan oferentes o proponentes de un contrato futuro respecto de quien dirige la invitación. Aquí, quien tiene interés en el contrato, prefiere que otros le dirijan la oferta. Esto se verifica especialmente en los casos en que la oferta implica predeterminación de datos técnicos, de vencimientos, etc., por parte de quien debe asumir, en virtud del contrato, un trabajo de cierta entidad y de carácter continuado (a menudo, contrato de obra o de suministro). De esta manera, el origen del contrato que habrá de formarse, remonta, no a la propuesta, sino a un momento más remoto aún: la invitación a ofrecer. (*Vid. Messineo, Teoría General...*, ob. cit., Tomo I, p. 320)

⁵³⁴ Las negociaciones previas entre el Proveedor y el Interesado o potencial Usuario, intensificadas recientemente en virtud del desarrollo de las telecomunicaciones, no tienen efecto obligatorio alguno desde un punto de vista contractual, pues la responsabilidad en que podría incurrir alguno de ellos si intempestivamente o sin causa aparente rompe las conversaciones sería de tipo o naturaleza extracontractual, fundada en cualquier clase de culpa. (*Vid. Maduro Luyando, Curso de obligaciones...*, ob. cit., p. 488). Durante estas charlas el Proveedor y el Interesado discuten en torno al precio de venta, las especificaciones del bien mueble y otras condiciones contractuales de la compraventa, sin manifestar una seria intención a negociar, por lo cual no los une ningún nexo jurídico; siempre y cuando procedan de buena fe.

⁵³⁵ Se define como oferta de contrato o propuesta contractual a la “declaración” unilateral de voluntad (por lo común, recepticia) dirigida por un sujeto —proponente u oferente que sea capaz de contratar— al destinatario de la misma (oblado), la cual sólo si va seguida por una conforme aceptación expresa o tácita (“declaración” unilateral recepticia de voluntad) que da lugar a la formación del contrato (*Vid. Messineo, Teoría General...*, ob. cit., Tomo I, p. 312). La oferta se entenderá firme cuando contiene un término dentro del cual el oblado tiene la facultad de aceptar o no; o contiene una renuncia implícita al derecho de revocación y es vinculatoria para el oferente por toda la duración del plazo; es decir, que la oferta reúne todos los elementos esenciales del futuro contrato y tiene además intención vinculatoria. (*Vid. Melich-Orsini, Doctrina General...*, ob. cit., p. 138).

Si bien es cierto que las negociaciones previas pudieran no tener fuerza vinculante alguna, se establece desde ese momento un conjunto de relaciones que deben estar enmarcadas dentro del “principio de buena fe y lealtad negocial” (*Good faith and fair dealing*)⁵³⁶ que tiene como corolario el deber de confidencialidad (*duty of confidentiality*)⁵³⁷ cuya violación pudiera ser fuente de responsabilidad civil “no convencional” derivada de una manifestación unilateral de voluntad. Por ejemplo: la revocación del Proveedor de su oferta firme de venta después de haber tenido conocimiento de la correspondiente aceptación. Sobre esta materia, la norma contenida en el artículo 168 del *CB*⁵³⁸ consagra la “responsabilidad civil delictual” al someter “las obligaciones que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia” al imperio de la *lex loci delicti commissi*; literalmente, al Derecho del lugar donde se incurrió en la negligencia o en la culpa que las hayan originado.

Pero si la obligación no convencional deriva de la comisión de delitos o faltas, el artículo 167 del *CB*⁵³⁹ dispone someterla “al mismo derecho que el delito o la falta procedan”; es decir, al Derecho penal que establece el castigo correspondiente, por la estrecha vinculación entre tal obligación y los hechos punibles de que proceda⁵⁴⁰. Por otra parte, la norma de conflicto contenida en el artículo 32º de la *LDIPV*⁵⁴¹ aporta dos soluciones aplicables a las obligaciones derivadas de hechos dañosos: principalmente, confiere competencia al “Derecho del lugar donde se han producido sus efectos”; voluntariamente, la víctima puede demandar la aplicación del “Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito”⁵⁴²; es decir, la *lex loci delicti commissi*.

⁵³⁶ Artículo 1.7 de los *PUCCI* (buena fe y lealtad negocial): “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”.

Artículo 2.15 de los *PUCCI* (negociaciones con mala fe): “(1) Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que éstas no culminen en acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe, será responsable por los daños causados a la otra parte. (3) En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo”.

⁵³⁷ Artículo 2.16 de los *PUCCI* (deber de confidencialidad): “Si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que luego se celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor”.

⁵³⁸ Artículo 168 del *CB*: “Las [obligaciones] que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere ocurrido en la negligencia o la culpa que las origine”.

⁵³⁹ Artículo 167 del *CB*: “Las [obligaciones] originadas por delitos o faltas se sujetan al mismo derecho que el delito o falta de que procedan”.

⁵⁴⁰ Parra-Aranguren, Gonzalo, “Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado”, en: *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1984, pp. 553-610, esp. p. 580.

⁵⁴¹ Artículo 32 *LDIPV*: “Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito”.

⁵⁴² La “escogencia por la víctima” fue el criterio acogido por el Tribunal Supremo alemán en Sentencia del 18 de octubre de 1909, publicada en 72 RGZ 41. En esta forma, no se pretende localizar objetivamente el hecho ilícito. Antes al contrario, se trata valorar el aspecto subjetivo, y de manera indirecta se afirma así la importancia tanto de la actuación como del perjuicio en el funcionamiento de la irresponsabilidad (Vid. Parra-Aranguren, *Las obligaciones extracontractuales...*, ob. cit., p. 591).

B. El convenio de leasing o de arrendamiento

Esta relación contractual entre la Arrendadora y el Usuario conlleva el inicio de la etapa contractual de la operación, marcando la coexistencia de diversas relaciones jurídicas entre el Proveedor y la Arrendadora y entre ésta y el Usuario en el marco de un complejo contrato de leasing. Tanto el convenio de leasing o arrendamiento entre Usuario y Arrendadora (*leasing agreement*)⁵⁴³ como el convenio de suministro entre ésta y el Proveedor son susceptibles de fraccionamiento, tanto voluntario como judicial. Desde la perspectiva las diversas condiciones de borde que hemos señalado *supra* pueden darse dos hipotéticas clases de convenios de arrendamiento: (1º) Arrendadora y Usuario establecidos en el territorio de un mismo Estado; es decir, en Venezuela; (2º) Arrendadora y Usuario establecidos en Estados diferentes; es decir, Usuario en Venezuela y Arrendadora en un país extranjero. En ambas hipótesis es necesario tomar en cuenta el carácter adhesivo del complejo contrato de leasing financiero internacional a los efectos de la elección voluntaria del Derecho competente (*lex voluntatis*), considerando que en “en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”, en términos del artículo 185 del *CB*.

En la primera hipótesis⁵⁴⁴, el estatuto de la Arrendadora está regido por las normas contenidas en los artículos 117 a 125 de la *LGBOIF*. Porque las partes en el convenio de leasing tienen sus respectivos establecimientos en Venezuela. Respecto de la segunda hipótesis, existen elementos extranjeros en el convenio de leasing porque la Arrendadora tiene su establecimiento en país extranjero. Luego, es procedente recurrir al artículo 1º de la *LDIPV*. En primer lugar, la aplicación la norma del artículo 7 de la *CIDACI* permite elegir la *lex voluntatis*, condicionando el ejercicio de la voluntad de las partes. Al respecto, las partes podrán fraccionar el acuerdo de leasing en virtud del artículo 8 *eiusdem*, siempre que la dicho fraccionamiento no afecte la validez formal de dicho convenio ni los derechos de terceros. En ausencia de elección voluntaria, el artículo 9 *eiusdem* somete la elección del Derecho aplicable al criterio de los “vínculos más estrechos”.

Además, será aplicable “cuando corresponda” la *lex mercatoria* en virtud del artículo 10 *eiusdem*. En ausencia de tratado internacional aplicable procede la aplicación de las normas de DIPr venezolano. Considerando que las normas de conflicto aplicables a los contratos internacionales parten, en principio, de las obligaciones contractuales y no del contrato⁵⁴⁵, el

⁵⁴³ El proyecto preliminar de la *Convención de Unidroit sobre Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles (International Interests in Mobile Equipment)* define *leasing agreement* en su artículo 1.i. como: “an agreement by which one person (the lessor) grants a lease or sub-lease of one object (with or without an option to purchase) to another person (the lessee)”.

⁵⁴⁴ Se puede decir que la internacionalidad del acuerdo de leasing en esta hipótesis se puede fundamentar en la existencia de “*un mouvement de flux et de reflux de valeurs économiques*” (*Vid.* Delaume, George, *L'autonomie de la volonté en droit international privé*, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1950, pp. 321-340, especialmente p. 336).

⁵⁴⁵ Sánchez Lorenzo, *Las garantías reales* ..., ob. cit., pp. 223-224.

Derecho que resulta competente para regir las obligaciones derivadas del convenio de leasing, puede ser determinado voluntariamente en virtud del artículo 29º de la *LDIPV*.

En ausencia de indicación voluntaria válida, el Derecho competente es determinado judicialmente; es decir, por voluntad del Juez venezolano competente internacionalmente en función de “la vinculación más directa” que él aprecie entre la obligación cuestionada y el Derecho aplicable, por mandato de la norma de conflicto contenida en el artículo 30º *eiusdem*, que consagra el “principio de proximidad” (*le lien le plus étroit*)⁵⁴⁶ como criterio de vinculación más directa. La natural imprecisión de este criterio de conexión hace que el legislador ordene al sentenciador venezolano tomar en cuenta “todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan” del convenio de leasing para materializar dicha “proximidad”. Además, el legislador le ordena también “tomar en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”⁵⁴⁷. Respecto del convenio de leasing, aquellos consagrados particularmente en la *Convención de Unidroit sobre Leasing Financiero Internacional* y en los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Ordena también aplicar, “cuando corresponda”, la *lex mercatoria*⁵⁴⁸ en virtud del artículo 31º *eiusdem*.

C. El convenio de suministro

Esta relación contractual entre la arrendadora y el proveedor (*supply agreement*)⁵⁴⁹ se perfecciona cuando la arrendadora acepta formalmente comprar el bien de equipo especificado en la oferta firme de venta emitida a nombre del usuario, que ya es parte contratante en el convenio de arrendamiento con el cual ha de coexistir el convenio de suministro⁵⁵⁰. Es decir que, en virtud del artículo 2.1.1 de los *PUCCI*, el convenio de suministro se perfecciona mediante la aceptación formal de dicha oferta por parte de la arrendadora. Aunque el usuario no es parte contratante en el convenio de suministro no deja de ser importante su relación con dicho contrato cuando, por ejemplo, se plantea la dificultad que puede surgir al momento de determinar

⁵⁴⁶ Schnitzer, Adolf, La loi applicable aux contracts, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995, Tome XLIV, pp. 459-484, esp. p. 478.

⁵⁴⁷ El Dr. Werner Goldschmidt, al comentar el Proyecto Venezolano de Derecho Internacional Privado, expresó que en materia de obligaciones, en defecto de autonomía de las partes, el Proyecto acude a la llamada “*proper law of the contract*” (Vid. Goldschmidt, Werner, El Proyecto Venezolano de Derecho Internacional Privado, en: *Revista del Ministerio de Justicia*, 1964, No. 50, pp. 77-88, esp. p. 87).

⁵⁴⁸ Vid. epígrafe III del Capítulo 7.

⁵⁴⁹ Vid. artículo 1 de la *CULFI* que aplica cuando la Arrendadora (*the lessor*), ya como parte de un convenio de arrendamiento (*leasing agreement*), negocia con un tercero (el Proveedor) un convenio de suministro (*supply agreement*) para la adquisición de un equipo (*equipment*) que será dado en leasing al arrendatario (*the lessee*).

⁵⁵⁰ El artículo 1.1(a,b) de la *CULFI* materializa la posibilidad de fraccionamiento del que es posible la transacción unitaria de leasing financiero internacional al hacer referencia al convenio de suministro (*purchase agreement*) y al convenio de leasing (*leasing agreement*) sin entrar a compendiar el régimen de cada uno de estos acuerdos.

la validez y eficacia de su acción ejercida directamente contra el suplidor como consecuencia de la irresponsabilidad de la arrendadora por vicios, defectos o falta de adecuación del bien a las exigencias del usuario establecida en las condiciones generales de compraventa⁵⁵¹; porque, en todo caso, el usuario interviene en la formación del convenio de suministro por ser quien especifica el bien de equipo objeto de la compraventa y el precio expresado en la oferta firme emitida por el suplidor a su nombre. Por otra parte, cabe destacar la eventual aplicación al convenio de suministro de la *lex mercatoria* como fuente del Derecho comercial internacional cuando el Suplidor tiene su establecimiento en territorio de un Estado extranjero y la Arrendadora está establecida en Venezuela, al igual que el Usuario. En tal hipótesis, cabe recurrir a Convenciones y Normas Uniformes en materias de Compraventa Internacional de Mercaderías, Leasing Financiero Internacional y Créditos Documentarios.

Igualmente, es posible recurrir a la aplicación de las fuentes normativas de DIPr venezolano en virtud del artículo 1º de la *LDIPV* para la determinación del Derecho competente voluntariamente o, en ausencia de indicación válida, de la misma manera que hemos expuesto *supra* respecto al convenio de leasing; teniendo en cuenta la especialidad de la *LGBOIF* que regula el estatuto de las arrendadoras financieras que “tienen como objeto realizar de manera habitual y regular operaciones de arrendamiento financiero en los términos expresados en dicha Ley”. Pero si la Arrendadora tuviese su establecimiento en un país extranjero distinto al lugar del establecimiento del Suplidor, en tanto que partes contratantes en el convenio de suministro⁵⁵², habrán de recurrir a las fuentes del Derecho Comercial Internacional pertinentes para la determinación del Derecho competente aplicable a las obligaciones de los contratos de compraventa. En tal hipótesis el proveedor podría presentar una solución *electio juris* en su oferta firme dirigida al potencial usuario.

D. El acuerdo de garantía

Dado que la operación de leasing financiero mobiliario internacional está concertada sobre un bien mueble que será utilizado por un Usuario establecido en Venezuela (“leasing de importación”) es necesario determinar el Derecho competente que ha de regir el acuerdo que garantice el cumplimiento del contrato que rige dicha operación, dado su carácter complejo. Partiendo del supuesto cierto de que la validez de un acuerdo de garantía está mediatizada, en principio, por la validez del contrato principal, la doctrina especializada se ha pronunciado

⁵⁵¹ Sánchez Lorenzo, *Garantías Reales...*, ob. cit., p. 224.

⁵⁵² En esta hipótesis se configura, según la práctica española, el capítulo más interesante del “leasing internacional” conocido como *Cross Border Leasing* (Vid. Corporación Financiera Hispamer, *Diccionario Jurídico de Leasing...*, ob. cit., p. 94).

controversialmente sobre este asunto. Un sector es favorable a someter la regulación de todo acuerdo de garantía mobiliaria a la *lex rei sitae* o a la *lex voluntatis*⁵⁵³.

En el ámbito del DIPr convencional, la *CIDACI* no impone una determinada solución al respecto al no aparecer como materia excluida expresamente en su artículo 5; ni ser tampoco, en virtud de su artículo 6, “contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención”. Quedaría entonces la posibilidad de recurrir a la autonomía conflictual como criterio que permita a las partes elegir distintos Derechos aplicables, tanto al contrato principal como al acuerdo de garantía en virtud de las consecuencias restrictivas y la imprevisibilidad que comporta la aplicación de la *lex contractus* al título constitutivo del derecho real⁵⁵⁴.

Por otra parte, doctrinalmente se ha sostenido por regla general, que cuando se examina la posibilidad de que el Derecho aplicable al contrato de garantía sea un Derecho distinto al aplicable al principal se está pensando en los acuerdos de garantía que son extrínsecos a la operación garantizada (v.g. la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento)⁵⁵⁵. En tal caso, no se estaría en presencia de un fraccionamiento voluntario. Luego, se pudiera concluir que en la aplicación de la *CIDACI* para elegir voluntariamente el Derecho aplicable al acuerdo de garantía que es intrínseco a la operación de leasing financiero mobiliario internacional se estaría, afirmativamente, ante un perfecto fraccionamiento del contrato correspondiente.

En materia de fraccionamiento voluntario respecto de los Derechos aplicables al contrato principal y al acuerdo de garantía, la jurisprudencia iusprivatista venezolana se enriqueció con la Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, dictada con fecha 12 de marzo de 1970 (Quiebra de la C. A. Canal Once de Televisión)⁵⁵⁶. Un representante de la doctrina venezolana de mayor competencia⁵⁵⁷ expresó al respecto que “esta decisión, cuya significación práctica y teórica no ha sido cabalmente entendida, constituye piedra fundamental del derecho internacional privado venezolano (...)”. Brevemente, esta Sentencia hace referencia a una compraventa celebrada en la ciudad de *New York* entre una empresa establecida allí (vendedora) y una empresa venezolana (compradora). Las partes convinieron elegir expresamente el Derecho del

⁵⁵³ Bouza Vidal, *Las garantías mobiliarias...*, ob. cit., p. 124.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 125.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 121-122.

⁵⁵⁶ Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, 12-3-1970, en: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, 1970, No. 137, pp. 233-260. También, la Sentencia Corte Superior Segunda Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, No. 158-70, 4-6-1970 (Quiebra del Canal Once Televisión, C. A.), en: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, 1970, tomo 26, pp. 102-110. También, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, No. 252-71, 27-4-1971 (Quiebra del Canal Once de Televisión, C. A.), en: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*, 1971, Tomo 30, pp. 395-398.

⁵⁵⁷ Hernández-Bretón, *Contratación internacional...*, ob. cit., pp. 78-81.

Estado de *New York* para regir el contrato de compraventa. Además acordaron una “reserva de dominio simple” a favor de la empresa vendedora para garantizar el pago a plazos del precio. A tal efecto, eligieron el Derecho venezolano para regir la reserva de dominio de los equipos que son objeto del contrato de compraventa. Este caso judicial nos permite ilustrar, entre otros aspectos, la admisión del fraccionamiento voluntario desde el punto de vista del DIPr venezolano porque se trata de una venta con reserva de dominio que es una figura contractual de naturaleza financiera que presenta mayor semejanza con el leasing financiero mobiliario⁵⁵⁸.

VII. El momento de la elección voluntaria

Como corolario de la plena recepción de la autonomía conflictual, el momento de elegir el Derecho aplicable a cada uno de los convenios, en virtud del fraccionamiento voluntario, puede ser cualquiera en virtud del artículo 8 de la *CIDACI*, y del artículo 29º de la *LDIPV*, implícitamente. Es decir, al momento de la celebración del acuerdo o bien en una fecha anterior o posterior. En esta materia, la *CIDACI* sigue esencialmente lo dispuesto en la primera frase del ordinal segundo del artículo 3 del *Convenio de Roma de 1980*⁵⁵⁹. Por su parte, la *LDIPV* lo recepta implícitamente en virtud de la validez de la *CIDACI* como fuente formal de normas de DIPr convencional y la amplitud reconocida a la voluntad de las partes en materia obligacional convencional.

No obstante, el momento de la celebración del acuerdo de leasing supedita el momento de celebración de los acuerdos de suministro y de garantía. Por otra parte, los efectos derivados de la garantía basada en los derechos de la propiedad jurídica del equipo pudiera presentar, en el caso concreto, un límite al momento de la voluntaria elección del Derecho competente aplicable al acuerdo de garantía.

VIII. El cambio del Derecho elegido

Esta potestad es consustancial con el ejercicio de la voluntad de las partes en los convenios que regulan las relaciones *inter partes* en la operación de leasing financiero mobiliario

⁵⁵⁸ Un sector importante de la doctrina española ha negado, o en todo caso, ha puesto en entredicho la posibilidad de fraccionamiento entre la ley aplicable al contrato de venta y al pacto de reserva de dominio. El profesor Sixto Sánchez Lorenzo (*Vid. La cláusula de reserva de dominio en el derecho internacional privado. Problemas de Derecho aplicable en el sistema español*, Madrid, 1988) lo fundamenta en base a los siguientes argumentos: a) el carácter de pacto necesariamente coligado de la cláusula de reserva de dominio respecto del contrato de venta, hasta tal punto que “la cláusula de reserva de dominio inserta en el contrato de venta transforma a ésta en un contrato de venta especial”; y b) “la coherencia de operación” que puede verse gravemente afectada dada la influencia del pacto de reserva de dominio sobre las obligaciones propias del contrato de venta, a saber: obligación de entrega, transmisión de riesgos; entre otras (*Vid. Bouza Vidal, Las garantías mobiliarias...*, ob. cit., p. 125).

⁵⁵⁹ Por una parte, dice el ordinal segundo del artículo 3 del *CLAR80*: “Las partes podrán, en cualquier momento convenir (...)”. Por otra parte, el artículo 8 de la *CIDACI* dice que “En cualquier momento, las partes podrán acordar (...)”.

internacional; particularmente con el “momento de la elección voluntaria”. Al punto, el artículo 8 de la *CIDACI* —siguiendo lo establecido en el artículo 3.2 del *CLAR80*⁵⁶⁰— dispone que “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido (...) a un derecho distinto (...)”; en consagración del “principio de mutabilidad del estatuto contractual”, cuya incorporación es estimada como adecuada, por un sector de la doctrina hispanoamericana, porque implica dotar a los contratantes de una herramienta eficaz para que su voluntad pueda materializarse a través del sometimiento del contrato al ordenamiento jurídico que consideren más conveniente a sus intereses⁵⁶¹. En este sentido, el artículo 6 de la *Resolución del Instituto de Derecho Internacional* (Basilea, 1991) prescribe: “1. Las partes podrán, después de la celebración del contrato (...) modificar su celebración anterior; 2. Ellas serán libres de otorgarles un efecto retroactivo a esa elección, bajo reserva de los derechos adquiridos por los terceros”⁵⁶². El principio de mutabilidad del estatuto contractual consagrado en las citadas disposiciones encuentra dos limitaciones impuestas en el artículo 8 *in fine* de la *CIDACI* al expresar que “dicha modificación no afectará la validez formal del contrato ni los derechos de terceros”. En este contexto, cabría analizar la posibilidad que en el acuerdo de suministro el Usuario sea considerado un tercero y que en el acuerdo de leasing el Proveedor sea considerado como tal.

IX. El carácter expreso de la elección

A primera vista, este requisito pareciera funcionar como una posible limitación que se impone al ejercicio de la voluntad de las partes como criterio determinante del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales. Sin embargo, las partes buscan manifestar válidamente, en su mutuo interés, un marco regulador claro y estable dentro del cual se desarrolle el contrato internacional. En este sentido, la mayoría de los textos convencionales exigen, como principio básico, la manifestación expresa de su voluntad. Al punto, la norma contenida en el artículo 7 de la *CIDACI*, respecto de la elección voluntaria del Derecho competente, dispone que “(...) El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso (...)”. Es decir, dicha elección debe derivarse de un acuerdo *ad hoc* entre ellas⁵⁶³.

En el ámbito de aplicación del DIPr venezolano, se puede interpretar de la lectura concordada de los artículos 29º y 30º primera frase de la *LDIPV* que uno de los requisitos exigibles

⁵⁶⁰ Artículo 3.2 del *CLAR80*: “Las partes podrán, en cualquier momento convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que la regía con anterioridad...”.

⁵⁶¹ Noodt Taquela, *Convención Interamericana...*, ob. cit., pp. 99-100.

⁵⁶² Institut de Droit International, *L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées* (Session de Bale, 26 août- 3 septembre 1991; 7^e Comisión, 31-08-1991), en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1992, Tome 80, pp. 198 ss., esp. p. 198.

⁵⁶³ Artículo 7 de la *CIDACI*: “(...) El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto (...)”.

para dar validez a la elección voluntaria del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales es la manifestación expresa de su acuerdo. No obstante, el amplio grado de tolerancia con el que se recepta el ejercicio de la autonomía conflictual en los textos convencionales internacionales permite acoger una solución subsidiaria al acuerdo expreso de la elección, en base a un criterio de “voluntad tácita”. En este sentido, el artículo 7 de la *CIDACI* dispone que “(...) en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto (...)”; como resultado del análisis que de ello haga el intérprete del contrato, “de acuerdo con la ley que lo rijan” en virtud del artículo 184 del *CB*.

X. La naturaleza del Derecho elegido voluntariamente

Este es un asunto cuya precisión ha sido debatida por haber planteado muchas dudas en el ámbito de aplicación del Derecho Mercantil Internacional. En Venezuela, como en otros países, las partes en un contrato tienen la potestad para reglamentar por sí mismas las obligaciones que derivan de él, pero sometidas al necesario cumplimiento de las condiciones de existencia y los requisitos de validez impuestas por la ley. En el ámbito del DIPr venezolano, el amplio rango de aplicación de la autonomía conflictual consagrado en el artículo 7 de la *CIDACI* y en el artículo 29º de la *LDIPV* va a encontrar, sin embargo, cierta limitación práctica respecto de la naturaleza del Derecho presumiblemente competente. Son las normas del sistema de DIPr las que controlan los límites al ejercicio de la voluntad de las partes. La postura doctrinal mayoritaria sobre este aspecto se inclina por no aceptar la validez y eficacia de un contrato si éste no encuentra su *enforcement* en un ordenamiento jurídico concreto; por lo que la hipotética estipulación de un “contrato sin ley”, que depende exclusivamente de la voluntad de las partes, sería un negocio eficaz, si y sólo si, existiera un ordenamiento jurídico que permitiera rechazar toda referencia a un sistema legal y pactar un contrato sin ley para que este fuera factible⁵⁶⁴.

En otras palabras, es difícil concebir racionalmente un contrato *in vacuo* como si fuera, figuradamente, una forma de bebé probeta sin padre ni madre⁵⁶⁵. En referencia a las normas de DIPr convencional vigentes en Venezuela, la naturaleza del Derecho elegido por las partes es, en virtud de los artículos 2 y 17 de la *CIDACI*, “el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”, “aunque sea el Derecho de un Estado no Parte”; que “sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro” en virtud del artículo 18 *eiusdem*. La norma contenida en el artículo 3 del *CB* dispone que “(...) las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases

⁵⁶⁴ Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 26.

⁵⁶⁵ Highet, Keith, The enigma of the Lex Mercatoria, en: *Tulane Law Review*, 1989, Vol. 3, No. 3, pp. 613-428, esp. p. 614.

siguientes: I. personales; II, territoriales III. voluntarias (...). Aunque la *LDIPV* no califica expresamente lo que debe ser entendido por “Derecho”, la ratificación de los tratados *CIDACI* y *CB* conduce a que sea interpretado como “Derecho material estatal” vigente.

En el tráfico comercial internacional, la usual utilización de las cláusulas generales de contratación internacional, unida al extendido uso del arbitraje comercial internacional, han encontrado su paradigma en el creciente recurso a la *lex mercatoria* —Derecho “no nacional”— como fuente reguladora del contrato; total o parcialmente⁵⁶⁶. Suele hablarse de “autonomía conflictual mercatoria” como potestad de las partes a elegir voluntariamente este “Derecho espontáneo, nacido de la práctica comercial internacional, con unas fuentes propias, fundamentalmente los usos comerciales y unos medios de solución de los conflictos de intereses específicos al margen del poder judicial de los Estados y de los Tribunales internacionales, a través del arbitraje”⁵⁶⁷; sin incorporar sus reglas específicas. Al respecto, resalta la recepción de la *lex mercatoria* que paralelamente hacen las normas contenidas en los artículos 10 de la *CIDACI* y 31 de la *LDIPV*⁵⁶⁸ como fuente normativa aplicable a las relaciones contractuales, “cuando corresponda”.

XI. Derecho aplicable en ausencia de elección por las partes.

La elección voluntaria —expresa o tácita— de uno o varios Derechos para regular las relaciones *inter partes* en un contrato de leasing financiero internacional no asegura en modo alguno la validez de dicha elección. Es necesario que el *pactum de electio juris* exista y sea válido, o si existe debe ser eficaz. Tal supuesto plantea la necesidad de una solución subsidiaria que permita la determinación del Derecho o los Derechos competentes que rijan las obligaciones contractuales. En principio, tal solución podría depender de la interpretación que el Tribunal competente haga del contrato mismo; pero los criterios no son uniformes en los diversos sistemas jurídicos nacionales “espacialmente divergentes”. Algunas soluciones son rígidas⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 28 ss.

⁵⁶⁷ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 183.

⁵⁶⁸ Idénticamente, el artículo 10 de la *CIDACI* y el artículo 31 de la *LDIPV* señalan que “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución en el caso concreto”.

⁵⁶⁹ Por ejemplo, En el derogado artículo 25 del Código Civil italiano de 1942, el Derecho regulador de las obligaciones contractuales a título subsidiario se determina de una sola vez mediante soluciones fijas y rígidas, al disponer que “las obligaciones que nacen de contrato se regulan por la ley nacional de los contratantes, si es común; en otro caso por la del lugar en que el contrato se ha concluido. Queda a salvo en todos los casos la voluntad diversa de las partes...” (Vid. Maekelt, *Material de Clase...*, ob. cit., tomo I, p. 316). Igualmente, el Derecho polaco (artículo 26 de la *Ley Polaca sobre Derecho Internacional Privado*) en materia de obligaciones contractuales dispone que “Cuando las partes contratantes no han escogido la ley aplicable, la obligación está sometida a la ley del Estado donde estas partes tengan su domicilio en el momento de la celebración del contrato. Esta disposición no es aplicable a obligaciones relativas a inmuebles” (*Ibidem*, ob. cit., p. 377). También, el Código Civil yemenita (artículo 30) dispone que “Los

mientras que otras son flexibles⁵⁷⁰. Respecto de las primeras, el artículo 185 del *CB* dispone *juris et de jure* que “(...) en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”. En el Derecho comparado, es destacable la norma contenida en el artículo 104 del *Proyecto argentino del Código Civil de 1999*⁵⁷¹ según la cual “la relación jurídica entre la empresa de leasing y el usuario, en defecto de elección de la ley aplicable por las partes, se rige por la ley de la residencia habitual de la empresa” (Libro Octavo Derecho Internacional Privado; Título III Derecho aplicable; Capítulo IX Obligaciones contractuales; Sección 2 De los contratos en particular).

Respecto de las soluciones flexibles aportadas por las fuentes normativas del DIPr venezolano, los artículos 9 de la *CIDACI*⁵⁷² y 30° de la *LDIPV*⁵⁷³ someten, respectivamente, la regulación de “el contrato” y la regulación de “las obligaciones convencionales” al Derecho “que tenga los vínculos más estrechos” o aquel con el cual “las obligaciones se encuentran más directamente vinculadas” (*the proper law of the contract*); consagrando ambas normas el denominado “principio de proximidad o de los vínculos más estrechos” (*le lien le plus étroit*), a

efectos de los contratos se rigen por la ley del domicilio cuando la misma es común a las partes contratantes, y en defecto de domicilio común, por la ley del lugar donde el contrato ha sido celebrado. Todo esto, si las partes no han convenido o si resulta de las circunstancias la intención de aplicar otra ley” (*Vid.* Romero, Fabiola, La nueva regulación del Derecho Internacional Privado en Australia, Italia, Yemen y Venezuela, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1999, No. 114, pp. 281-348).

⁵⁷⁰ En el Derecho francés y en el Derecho belga no procede establecer diferencias entre voluntad implícita y voluntad hipotética (o presunta) de las partes. A falta de elección voluntaria expresa, los tribunales buscan diversos indicios que puedan apuntar la localización del contrato en algún país, bien de forma subjetiva (el equivalente de la probable voluntad de las partes si la hubieran declarado) o bien de forma objetiva (el Derecho con el cual presente el contrato los lazos más estrechos, habida cuenta de su estructura y, en particular, del lugar principal de su ejecución). En el Derecho alemán, la solución adoptada por los tribunales se basa ampliamente en la búsqueda de indicios que puedan evidenciar la voluntad presunta de las partes (*hypothetischer parteiville*) teniendo en cuenta los intereses generales presentes en cada caso concreto. En caso de que esta búsqueda resulte infructuosa, la jurisprudencia alemana se ha pronunciado por determinar el Derecho aplicable por el lugar de la ejecución de cada una de las obligaciones derivadas del contrato. En el Derecho inglés, en ausencia de elección voluntaria, el Juez debe esforzarse “por determinar para las partes cuál es el Derecho que una persona justa y razonable hubiera debido tener presente si hubiera pensado en la cuestión en el momento de celebrar el contrato” (*Vid.* Giuliano y Lagarde, Informe relativo al Convenio..., ob. cit., p. 11). Cabe mencionar aquí, a título de fe de erratas, que en la más reciente reforma del sistema italiano de DIPr (Gaceta Oficial de la República Italiana, de fecha 3 de junio de 1995), la *Ley Italiana de Derecho Internacional Privado de 1995* dispone que “1. Las obligaciones contractuales, en todo caso, se rigen por la *Convención de Roma de 19 de junio de 1980* sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ratificada por la *Ley No. 975 del 18 de diciembre de 1984*, sin perjuicio de lo previsto en otras convenciones internacionales en la medida en que sean aplicables” (artículo 57). De esta manera, el Derecho italiano adopta una solución más flexible en materia de determinación del Derecho aplicable en ausencia de elección voluntaria (artículo 4 del *CLAR 80*).

⁵⁷¹ Proyecto argentino (1999), Código Civil; Libro Octavo, Derecho Internacional Privado, en: *Libro-Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. III, pp. 333-359, esp. p. 353.

⁵⁷² Artículo 9 de la *CIDACI*: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”.

⁵⁷³ Artículo 30 de la *LDIPV*: “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El Tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”.

pesar de la diferencia literal que lo expresa en los citados artículos. También puede observarse la influencia que, sobre este asunto, tiene la *CIDACI* (1994) sobre la *LDIPV* (1998)⁵⁷⁴. En ambas normas de carácter subsidiario, el Tribunal competente debe tomar en cuenta, para concretar dicho criterio flexible en la determinación del Derecho aplicable, “todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato (...) También tomará en cuenta los principios del generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”⁵⁷⁵. Al punto, es necesario conocer la esencia de estos lineamientos que deben orientar al Juez competente en su actuación de concretar la “vinculación más directa”⁵⁷⁶ entre el contrato internacional y el Derecho aplicable que es “la ley del lugar donde se realice la prestación que regule su contenido por razones económico-sociales de interés general”⁵⁷⁷.

A. El principio de proximidad

Este principio y el principio de la autonomía de la voluntad juegan un rol muy importante en la determinación de Derecho aplicable a las obligaciones convencionales en la contratación internacional⁵⁷⁸. Aquel principio esta caracterizado por rasgos que lo distinguen fundamentalmente de la doctrina de F. K. Sagvigny⁵⁷⁹; por lo que se opone metodológicamente a la idea de “localización de la sede de la relación jurídica”. El concepto que conlleva está expresado vagamente de diversas maneras en las normas de conflicto que flexibiliza⁵⁸⁰, por lo que es necesario darles a las diversas formulaciones normativas el suficiente significado que permita al

⁵⁷⁴ En la Exposición de Motivos de la *LDIPV* se expresa que “(...) Respecto de las obligaciones, ubicadas en el capítulo VI, y particularmente en el caso de las obligaciones convencionales se ha procurado resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (...)”. *Vid.* Maekelt, Tatiana (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y Concordancias*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencia Políticas y Sociales, 1999, p. 55).

⁵⁷⁵ Samtleben, Jürgen, El enigma del artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Libro-Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren, Vol. IV*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 355-371, esp. p. 359.

⁵⁷⁶ Giral Pimentel, José Alfredo, La Teoría de las Vinculaciones. El régimen de Ley aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad, en: *Libro-Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II, pp. 287-295, esp. p. 288.

⁵⁷⁷ Goldschmidt, El proyecto venezolano..., ob. cit., p. 87. Debemos tener en cuenta que el comentario del Dr. W. Goldschmidt está referido al Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1.963-1.965) el cual condiciona la elección voluntaria del Derecho aplicable a las obligaciones convencionales (artículo 29) a la existencia de una vinculación internacionalmente admisible “entre esa ley y la obligación” (*Vid.* Maekelt, *Material de Clase...*, ob. cit., tomo I, p. 142).

⁵⁷⁸ Maekelt, Tatiana, La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, en: *Libro-Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II, pp. 287-295, esp. p. 288.

⁵⁷⁹ Lagarde, Paul, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Course general de droit international privé, en: *Recueil des Cours*, 1986, tome 196, pp. 9-237, esp. p. 29.

⁵⁸⁰ Por ejemplo, en el Derecho norteamericano, el *Second Restatement, Section 188, first paragraph*, orienta hacia la aplicación del Derecho que “has the most significant relationship to the transaction and the parties...”. El UCC habla de “an appropriate relation” (*Vid.* Weintraub, Russell, Functional developments in choice of law for contracts, en: *Recueil des Cours*, 1984, tome 187, pp. 239-237, esp. p. 274).

interprete, mediante una previa investigación iusprivatista, aplicarlo de manera predecible a cada caso concreto a efectos de alcanzar los resultados más satisfactorios;⁵⁸¹ es decir, *the better law* de David Cavers en su *Principled preference Approach*⁵⁸². No obstante su laxitud, el principio de proximidad pudiera permitir la aplicación de la *lex fori* con resultados posiblemente injustos. Es por eso por lo que la libertad de actuación del Juez competente se ve orientada por ciertos lineamientos que lo guían a formar su convicción en la determinación del Derecho más vinculado con la obligación convencional concreta. Al respecto, existen otros criterios que versan sobre la aceptación o la exclusión de factores de conexión que se concretan mediante la noción de “la prestación característica” para indicar el Derecho con el cual un contrato guarda los vínculos más estrechos.

B. La aceptación de la prestación característica

Esta noción es una expresión de los vínculos más estrechos receptada en el *Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales* (Roma, 1980)⁵⁸³; pero no en la *CIDACI* ni en la *LDIPV*. Dicha noción está moldeada por un sistema de presunciones establecidas en el artículo 4.2 del *CLAR80*⁵⁸⁴, que permiten concretar y objetivar la laxitud del principio de los vínculos más estrechos⁵⁸⁵. Según este sistema de valoración, el Juez debe formar su convicción

⁵⁸¹ Weintraub, *Functional developments...*, ob. cit., p. 274.

⁵⁸² Parra-Aranguren, Gonzalo, *Recientes tendencias en el Derecho Internacional Privado norteamericano: Cavers, Currie, Ehrenzweig*, en: *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1984, pp. 253-293, especialmente pp. 258-267.

⁵⁸³ Artículo 4.1 del *CLAR80*: “En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3º, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”.

⁵⁸⁴ Artículo 4.2 del *CLAR80*: “se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, 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 o si, según el contrato la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento (...)”.

⁵⁸⁵ La “prestación característica” se fundamenta, en principio, en la categorización de cada contrato comercial. El contrato no es un elemento del mundo físico sino una relación inmaterial que no tiene situación geográfica. Por esta razón, no es enteramente apropiado hablar de localización del contrato. Tal denominada localización debería más bien consistir en la búsqueda de sus vínculos según la función del contrato en la vida económica. En la vida económica de hoy, cuando se concluye un contrato, es una sola parte contratante la que vende, transporta, asegura, etc. La otra parte, el cliente, cumple siempre la misma obligación en la diversidad de contratos comerciales: pagar por la prestación que solicita (la venta, el transporte, el seguro, etc.). Luego, es fácil constatar aquella prestación que caracteriza la categoría del contrato comercial en cuestión. Es la prestación realizada por una de las partes en virtud de su función en la vida económica. Así, el criterio que distingue una obligación de la otra permite reconocer la esencia del contrato. Ese criterio deriva de la prestación que caracteriza la operación. Concretada así la esencia del contrato, podemos entonces aplicar lógicamente la ley del lugar de aquel que tiene a su cargo la prestación característica. No es en el lugar de conclusión del contrato donde la prestación es debida sino aquel lugar donde quien está a cargo de la prestación ejerce su función en la vida económica. Por consiguiente, el domicilio de la persona o de la empresa encargada de la prestación característica es decisivo para vincular el contrato a un ordenamiento jurídico determinado (*Vid. Schnitzer, A., La loi applicable aux contracts*, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1955, No.1, 1955, pp. 475-480). Es en Suiza donde el Tribunal Federal ha hecho triunfar el criterio de la prestación característica

en base a las presunciones que funcionan como un mecanismo lógico que consiste en sacar conclusiones a partir de un hecho conocido y establecer uno desconocido por aplicación del método deductivo⁵⁸⁶. No obstante, cabe destacar que dicho sistema de presunciones dispone de una “cláusula de excepción o de escape”⁵⁸⁷ en el artículo 4.5 del *CLAR80* dirigida a optimizar la flexibilidad en la elección legal del Derecho “(...) cuando no pueda determinarse la prestación característica (...)” y “(...) cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país”.

De esta circunstancia se han derivado dos conclusiones. La primera: la noción de la prestación característica parece no ofrecer ventajas prácticas respecto del contrato de leasing financiero internacional si se toma en cuenta que en una operación de financiamiento —según el *CLAR80*— la prestación se localizaría siempre en el territorio del país donde la Arrendadora desarrolla su actividad financiera (a este mismo resultado conduce la norma del artículo 185 del *CB*). Pero respecto de la garantía sobre el bien mueble, consustancial con la operación de arrendamiento financiero, es el Usuario quien le correspondería realizar la prestación característica en el acuerdo de garantía. La segunda: la cláusula de excepción conduce a pensar sobre la falibilidad del sistema de presunciones que privilegia la noción de prestación característica. Un importante sector de la doctrina norteamericana sostuvo en su momento que la prestación característica no puede garantizar ni seguridad jurídica ni resultados justos; teniendo por fundamento que “más vale un derecho sustantivo internacional que la guillotina conflictual”, en casos de contratos de difícil clasificación como es el caso del contrato de leasing financiero internacional⁵⁸⁸.

como la mejor expresión del principio de los vínculos más estrechos de un contrato con un ordenamiento jurídico, al sentenciar que “*en vertu regles du droit international privé suisse et en l'absence d'une élection de droit, la loi applicable a un rapport de droit a caractere international est celle du pays avec lequel le contrat présente la relation territoriale la plus étroite. Il s'agit, en general, du droit de la partie dont la prestation est caractéristique du contrat litigieux*” (Vid. Lagarde, *Le principe de proximité...*, ob. cit., p. 41).

⁵⁸⁶ Rengel-Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Caracas, Editorial Arte, 1992, tomo III, p. 402.

⁵⁸⁷ Las “cláusulas de excepción o de escape”, por definición, hacen intervenir el poder moderador del Juez a fin de que la relación jurídica en cuestión sea sometida a la ley con la cual presenta los vínculos más estrechos, permitiendo así la corrección de la solución propuesta, en principio, por la ley y, por lo tanto, son inútiles cuando existen conexiones flexibles que permiten al Juez disponer de un margen de apreciación tan amplio que puede adaptar la regla de conflicto a todas las circunstancias particulares, sin corregir la ley (Vid. Barrios, *La determinación de la Ley aplicable...*, ob. cit., p. 138). Una cláusula de excepción, sea particular o general, no es un instrumento de corrección de la neutralidad de la norma de conflicto o de orientación material de la misma. Se fundamenta en la consecución de la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material. Un ejemplo de cláusula de excepción general está contenido en la *Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado* (1.989), cuyo artículo 15 dispone que “1.- El Derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho. 2.- Esta disposición no es aplicable en caso de elección del derecho” (Vid. Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho Internacional...*, ob. cit., pp. 304 y 305).

⁵⁸⁸ Parra-Aranguren, Gonzalo, *La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado* (CIDIP-V, México, 1994), en: *Revista de la Fundación Contraloría General de la República*, 1994, No. 11, pp. 177-247, esp. p. 219.

C. La exclusión de la prestación característica.

Hemos apuntado *supra* que la prestación característica como consagración del principio de proximidad no es receptado por las fuentes normativas del DIPr venezolano, aplicables a la determinación del Derecho competente en ausencia de elección voluntaria válidamente manifestada. Algunos destacados académicos han emitido opiniones dirigidas a justificar su exclusión⁵⁸⁹. En primer lugar, pareciera que la indicación de tomar en cuenta “todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato” (*relevants elements*)⁵⁹⁰ sea un recordatorio a los deberes del Juez competente en el proceso; tal como lo dispone, por ejemplo, la norma contenida en el artículo 12 del CPC⁵⁹¹; en base a la libre apreciación (sistema de la libre

⁵⁸⁹ El profesor Gonzalo Parra-Aranguren fue tal vez, en opinión del profesor Diego P. Fernández Arroyo (Universidad de Salamanca), quien dio el apoyo más significativo para la eliminación del criterio de la prestación característica en la *CIDACI*. El profesor Leonel Pereznieto (Universidad Nacional Autónoma de México) opinó que la prestación característica presentaba un “tremendo peligro” para los agentes económicos mexicanos en virtud de del alto volumen de transacciones comerciales que realiza México con los Estados Unidos. Su exclusión de la *CIDACI* permite “(...) declarar la mayoría de edad a los jueces latinoamericanos. No decirles lo que deben hacer sino dejarlos que hagan lo que deben hacer ellos(...)” (“Coloquio correspondiente a la segunda sesión de las Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado, Segovia, 1 y 2 de diciembre de 1995”. El Derecho internacional Privado interamericano en el umbral del siglo XXI, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Eurolex, 1997, pp. 195-214, esp. pp. 208 y 213).

⁵⁹⁰ Tanto la *CIDACI* como la *LDIPV* no definen lo qué debe entenderse por elementos objetivos y elementos subjetivos del contrato internacional. Los antecedentes de la Convención (Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en materia de Contratación Internacional, preparado por el Comité Jurídico Interamericano, julio 1991, OEA/Ser.K/XXI, CIDIP-V/12/93. Informe del Relator, par. 8.2) mencionan como elementos objetivos (sin pretender ser un *numerus clausus*) la nacionalidad de las partes, su domicilio o residencia, el lugar de celebración, de la negociación o del cumplimiento (*Vid. J. Samtleben, El enigma del artículo 30...*, ob. cit., p. 338). Un destacado representante de la doctrina venezolana entiende por elementos objetivos “(...) aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo (en este caso, el acto jurídico es el contrato)”. Agrega que la simple agrupación de elementos de hecho es insuficiente para determinar la ley aplicable en aquellos casos en los cuales los elementos objetivos del contrato están distribuidos equivalentemente entre los distintos ordenamientos jurídicos relevantes (Giral Pimentel, *La Teoría de las Vinculaciones...*, ob. cit., pp. 291-293). Por otra parte, con fundamento en los antecedentes de la *CIDACI*, lo que se denomina elementos subjetivos es la opinión del Juez sobre cuál es el Derecho más idóneo para el contrato, considerando los intereses de las partes. Es decir, el Derecho que en opinión del Juez debía haber sido la preferencia subjetiva de las partes en caso de una elección consciente de la ley aplicable (*Vid. Samtleben, El enigma del artículo 30...*, ob. cit., pp. 358-359). La profesora M. B. Noodt Taquela (Universidad de Buenos Aires) ha opinado que el texto que lo menciona en la norma del artículo 9 *CIDACI* “(...) nada aporta, pues los jueces siempre habrán de tener en consideración los elementos objetivos y subjetivos, para resolver las cuestiones que se les presentan” (*Vid. Noodt Taquela, Convención Interamericana...*, ob. cit., p. 101). Por su parte, el escribano uruguayo Rubén Santos Belandro, ante la interrogante de lo qué debe entenderse por “lazos subjetivos” ha escrito que dicho vocablo “(...) alude a las legítimas expectativas de las partes que podrían ser extraídas del contrato en su conjunto y que presionarán al juez para que sean atendidas, buscando el derecho más adaptado posible a esas expectativas, bajo el principio de la buena fe en el campo negocial” (*Vid. Santos Belandro, El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 98). El profesor Friedrich K. Jünger ha señalado que la referencia a “elementos subjetivos” podría aludir la posibilidad de considerar la presencia de la denominada voluntad hipotética de las partes en la determinación del Derecho aplicable (sobre la noción de “voluntad hipotética”, *vid. Curti Gialdino, Agostino, La volontà des parties en droit international privé, en: Recueil des Cours, 1972, tome 137, pp. 743-921, esp. pp. 760-762*). Sin embargo, el profesor Jünger ha afirmado que es tan ilusorio averiguar una intención inexistente como el de adivinar el centro de gravedad de un contrato que no pesa nada (*Vid. Santos Belandro, El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 98-99).

⁵⁹¹ Artículo 12 CPC: “Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados... En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe”.

convicción)⁵⁹² de tales elementos para la determinación del Derecho material más vinculado con el contrato. Sin embargo, algunos defensores de la prestación característica han sostenido la posibilidad de su utilización al aplicar la *CIDACI* pues, la libertad de actuación otorgada al Juez competente no obsta para que pueda aplicar el criterio que le parezca más apropiado⁵⁹³.

En segundo lugar, el recurso a “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” en la norma del artículo 30º de la *LDIPV* y a fortiori, en el artículo 9 de la *CIDACI*, conduce a pensar que las partes pueden, igual que el Juez, aplicar la *lex mercatoria* como sistema jurídico elaborado y completo en calidad de “derecho aplicable al contrato”,⁵⁹⁴ abriendo la posibilidad de incorporar indirectamente, los *Inco-terms* y los *Principios de Unidroit sobre los Contratos comerciales internacionales*. Mediante los *Inco-term* el Juez y las partes en el contrato disponen de un conjunto de reglas internacionalmente aceptadas que les ayudan a interpretar los términos comúnmente usados en el tráfico comercial internacional, por lo que han sido aceptados como “usos comerciales” en diversos sistemas legales⁵⁹⁵.

Los *Principios de Unidroit* se caracterizan fundamentalmente por no tener fuerza obligatoria *ex proprio vigore*⁵⁹⁶ por representar, probablemente, una amplia codificación de reglas comunes a diferentes sistemas jurídicos nacionales en materia de contratos internacionales⁵⁹⁷. No obstante, han recibido un vigoroso impulso mediante su incorporación a la *CIDACI* y a la *LDIPV*; pudiendo ser utilizados por el Juez como un valioso instrumento a la hora de solucionar la determinación de la regla del Derecho competente (*the relevant rule*) aplicable a un contrato

⁵⁹² Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., T. III, p. 413.

⁵⁹³ La profesora María Blanca Noodt Taquela (Universidad de Buenos Aires) se ha declarado partidaria de la presunción subsidiaria que acoge la noción de la prestación característica y ha criticado su exclusión de la *CIDACI* por tratarse de un criterio que goza de suficiente aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia de la gran mayoría de los países y que hasta ahora no ha sido suplantado por otro mejor (*Vid.* Noodt Taquela, *Convención Interamericana...*, ob. cit., p. 106). Igualmente, el profesor Didier Operti Badan (Universidad Católica del Uruguay) ha opinado que su exclusión de la *CIDACI* constituye uno de los pasos regresivos de dicha Convención. Por su parte, el profesor Pedro A. de Miguel Asensio (Universidad Complutense de Madrid) ha expresado que la carencia de reglas de concreción que puedan de modo significativo orientar la aplicación del principio general de los vínculos más estrechos en el artículo 9 de la *CIDACI* puede conducir a una diversidad de interpretaciones por los tribunales de los distintos Estados participantes, lo que conduce a pensar en un déficit significativo de seguridad jurídica y en una grave carga de para el logro de la interpretación autónoma y uniforme de la *CIDACI* (Coloquio correspondiente a la segunda sesión de las Sextas Jornadas de Profesores de Derecho internacional privado..., ob. cit., pp. 203 y 211).

⁵⁹⁴ En este sentido, el profesor Eugenio Hernández-Bretón (Las obligaciones convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Libro-Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Vol. II, pp. 325-341, especialmente p. 333) Igualmente, Samtleben, (El enigma del artículo 30..., ob. cit., p. 310). Para el profesor F.K. Juenger, (The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons, en: *American Journal of Comparative Law*, 1994, No. 42, pp. 381-383), la norma del artículo 9 de la *CIDACI* faculta también a las partes del contrato para someter expresamente sus obligaciones mutuas a los *Principios de Unidroit* (citado por Samtleben, El enigma del artículo 30..., ob. cit., p. 366).

⁵⁹⁵ Veytia, The requirements of justice and equity..., ob. cit., p. 1195.

⁵⁹⁶ Parra-Aranguren, Aspectos de Derecho Internacional Privado..., ob. cit., pp. 178-179.

⁵⁹⁷ Baptista, Luis Olavo, The Unidroit Principles for international commercial law project: aspects of international private law, en: *Tulane Law Review*, 1995, Vol. 69, No. 5, pp. 1209-1224, esp. p. 1210.

mercantil internacional⁵⁹⁸; contribuyendo así al afianzamiento de la certeza del Derecho, proporcionando mayor seguridad jurídica en las relaciones comerciales internacionales⁵⁹⁹. En materia de Interpretación del Contrato, el artículo 4.3 de los *PUCCI* señala que deberán considerarse todas las “circunstancias relevantes” para sintetizar la intención común de las partes conforme a sus declaraciones y conductas⁶⁰⁰. En este sentido: (a) las negociaciones previas; (b) las prácticas que ellas hayan acordado; (c) las conductas observadas por las partes después de la celebración del contrato; (d) la naturaleza y finalidad del contrato; (e) el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; (f) los “usos”.

D. El fraccionamiento judicial

Siguiendo el contenido del artículo 4.1 de la *CLAR80*⁶⁰¹, la última parte del artículo 9 de la *CDACI* extiende la facultad otorgada al Juez —para determinar el Derecho competente en ausencia de elección voluntaria (“*allowing judges to tell the parties what they ought to have intended*”)⁶⁰²— para aplicar, “a título excepcional”, un particular Derecho a cada una de las diversas fracciones en las que haya desmembrado el contrato, siempre exista una vinculación estrecha (*le lien le plus étroit*) entre cada fracción del contrato y el Derecho presumiblemente competente. La expresión “a título excepcional” contenida en el artículo 9 *in fine* de la *CIDACI*⁶⁰³ significa que el Juez debe recurrir al fraccionamiento del contrato (no del litigio) con la menor frecuencia posible⁶⁰⁴.

La *Ley de Derecho Internacional Privado* venezolana no otorga expresamente al Juez competente la facultad de recurrir al fraccionamiento del Contrato en ausencia de elección voluntaria. Sin embargo, la vigencia de la *CIDACI* como fuente de DIPr convencional venezolano, el poder discrecional que otorga la norma del artículo 30º de la *LDIPV* al Juez venezolano competente y la “finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto” regulada al final del artículo 31º *eiusdem* permiten afirmar la recepción tácita del fraccionamiento judicial en el sistema de DIPr autónomo venezolano, para ser aplicado, excepcionalmente, en casos concretos. Al punto, algunos autores venezolanos han

⁵⁹⁸ *Vid.* Preámbulo de los *PUCCI* (Propósito de los Principios).

⁵⁹⁹ Kessedjian, *Un exercice de renovation...*, ob. cit., p. 660.

⁶⁰⁰ Veytia, *The requirement of justice and equity...*, ob. cit., p. 1195

⁶⁰¹ Artículo 4.1 de la *CLAR80*: “(...) No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a ésta parte del contrato la ley de este otro país”.

⁶⁰² Expresión bastante precisa del profesor F. K. Juenger en referencia a la facultad que otorga el artículo 9 de la *CIDACI* al Juez para aplicar el Derecho que en su opinión debía haber sido la preferencia subjetiva de las partes en caso de una elección consciente de la ley aplicable (*Vid.* Samtleben, *El enigma del artículo 30...*, ob. cit., p. 359).

⁶⁰³ Artículo 9 de la *CIDACI in fine*: “(...) No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.

⁶⁰⁴ Giuliano y Lagarde, *Informe relativo al Convenio...*, ob. cit., p. 14.

sostenido que el fraccionamiento judicial implícito en el artículo 30 de la *LDIPV* sería procedente sólo si los diferentes aspectos de una relación contractual son separables e independientes entre sí⁶⁰⁵; lo cual es también requisito para recurrir al fraccionamiento voluntario del contrato internacional.

Capítulo 10. Ámbito material del Derecho aplicable al contrato de leasing financiero internacional

En principio, el ejercicio de la autonomía conflictual tiene como efecto dotar de competencia al Derecho o a los Derechos elegidos indicados válidamente —entre los diversos Derechos potencialmente aplicables— para regular las relaciones *inter partes* que derivan del contrato financiero internacional, resolviendo lo que un sector importante de la doctrina española considera rigurosamente “el problema del Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en relación con el ejercicio de los derechos particulares”⁶⁰⁶. Cabe tener en cuenta que la mayoría de las legislaciones nacionales atribuyen al contrato el carácter de fenómeno unitario; lo que implicaría el sometimiento de todo el negocio jurídico a un solo Derecho: la *lex contractus*. Adaptando esta postura unitaria a las relaciones *inter partes* en el unitario y complejo contrato de leasing financiero internacional, que se funden en los convenios de suministro y de leasing; es conducente someter —en virtud del fraccionamiento voluntario o judicial— cada uno de estos acuerdos a su propia *lex contractus* de la cual va a depender la correspondiente reglamentación relativa a su contenido y validez⁶⁰⁷.

Sin embargo, la sola indicación del Derecho presumiblemente competente que ha de regular cada uno de dichos convenios, va a satisfacer todos los requisitos exigidos en el proceso determinante del Derecho aplicable a cada uno de dichos negocios jurídicos. Aspectos tales como “capacidad de las partes” y “forma de los contratos” son generalmente excluidas del ámbito de aplicación de la *lex contractus* por las diversas fuentes de DIPr, tanto convencionales como autónomas. Lo mismo puede ocurrir, aunque de manera excepcional, cuando la “existencia del consentimiento” no sea objeto de la autonomía conflictual. Sobre estas cuestiones haremos referencia en epígrafe aparte. Por ahora, limitamos nuestra atención sobre aquellas materias que pueden ser reguladas por el Derecho aplicable al fondo de cada uno de los convenios en los que se puede fraccionar el unitario y complejo contrato de arrendamiento financiero internacional.

⁶⁰⁵ Romero, Fabiola, Las personas jurídicas y las obligaciones en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1966). Comentarios*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, pp. 67-77, esp. pp. 76-77.

⁶⁰⁶ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p.97.

⁶⁰⁷ Sánchez Jiménez, *El contrato de leasing...*, ob. cit., p. 942.

I. Existencia y validez del consentimiento

La determinación del Derecho aplicable a las diversas obligaciones del contrato nos conduce a pensar inmediatamente que estamos en presencia de un acto jurídico que tiene un objeto determinado o determinable (un contrato internacional presumiblemente válido); cuya función teleológica es la individualización del Derecho aplicable; por lo que su existencia queda condicionada a la formación y válida manifestación del consentimiento como efecto del comportamiento voluntario, humano y consciente de los sujetos que intervienen en el acto (la elección voluntaria). Lógicamente, este comportamiento debe ser regulado por un ordenamiento jurídico que contenga ciertas normas que garanticen la efectividad y la libertad misma de la voluntad manifestada en dicho acto. Por lo tanto, el problema que se presenta versa sobre la individualización del Derecho al que pertenezcan las normas reguladoras de las condiciones exigidas en la constitución de este acto jurídico, que recibe la denominación doctrinaria de *pactum de lege utenda* o *pactum de electio juris*. Así, el consentimiento de las partes en dicho *pactum* debe ser formado y manifestado en conformidad con el Derecho para que pueda producir sus efectos. Es decir, para que el *pactum* tenga validez⁶⁰⁸. Luego, cuando las partes eligen voluntariamente la *lex contractus* pareciera que manifestaran voluntades con distinta dirección: una dirigida a la “eficacia del contrato” en tanto que fuente de las relaciones sustanciales *inter partes*. La otra, dirigida a la “validez de la elección” del Derecho al que se somete el contrato eficaz⁶⁰⁹.

Aparte de las diversas posturas doctrinales dirigidas a fundamentar la competencia del Derecho regulador del *pactum de lege utenda*, se ha discutido también respecto de ciertas cuestiones relativas a las condiciones de su validez sustancial⁶¹⁰. Una primera cuestión concierne a la contemporaneidad de ambas manifestaciones de voluntad que, desde la perspectiva material, está asociada con la admisibilidad de un cambio de regulación durante la ejecución del contrato principal, por lo que cada legislador puede adoptar, al respecto, la solución que estime más oportuna. Una segunda cuestión inspirada en el principio de localización de la relación, se ha

⁶⁰⁸ El estudio del problema relativo a la individualización del Derecho aplicable al fondo de la actuación voluntaria de las partes en el *pactum de lege utenda* ha derivado en la postulación de diversas teorías doctrinarias que, analizando tal actuación volitiva como un simple hecho o como un acto jurídico, le atribuyen competencia bien a la *lex fori* a fin de respetar la superioridad de la ley sobre el contrato a pesar de la imprevisibilidad respecto del Tribunal; o bien a la *lex substantiae*, cuya competencia evitaría que la misma manifestación de voluntad sea evaluada dos veces; o bien a la ley aplicable a la formación de los contratos en general en vista de que el *pactum de lege utenda* no debería ser considerado como una fuente de obligaciones entre las partes, por lo que se ha opinado excluir la la aplicación de regla de conflicto relativa a las obligaciones contractuales al *pactum*, a menos que sea por analogía. Sin embargo, cabe observar que en una Sentencia de la Corte Federal Alemana (Bundesgerichtshof 25 mai 1970) parece ser aceptada la tesis según la cual la existencia de una designación válida del Derecho aplicable debe ser establecida sobre la base del Derecho que sería aplicable en ausencia de elección; es a este Derecho que la Corte alemana parece recurrir especialmente a fin de interpretar el silencio mantenido por una de las partes ante la solicitud de la otra para designar el Derecho competente (*Vid.* Curti Gialdino, *La volontà des parties...*, ob. cit., pp. 859 ss.).

⁶⁰⁹ Santos Belandro, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 59.

⁶¹⁰ Curti Gialdino, *La volontà des parties...*, ob. cit., pp. 873 ss.

centrado en la existencia de un vínculo de naturaleza espacial entre el contrato a ser regulado y el Derecho elegido por las partes. Esta cuestión ha sido flexibilizada por el ideal de libertad contractual que toma en cuenta el interés de las partes orientado a liberar de límites a la designación del Derecho competente desde la perspectiva de un vínculo objetivo entre éste y el contrato que regula. Una tercera cuestión tiene que ver con el fraccionamiento del contrato como expresión de la voluntad de las partes, particularmente en relación con el leasing financiero internacional. Al respecto, cabe mencionar que su fraccionamiento básico en los convenios de suministro y de arrendamiento permite que su correspondiente *pactum de lege utenda* pueda ser regido por Derechos distintos que garanticen la validez de elección en cada caso.

Centrándonos en el ámbito del DIPr convencional, la solución receptada por la *CIDACI* respecto a la validez del *pactum de lege utenda* se inspira totalmente en la teoría que asigna competencia a la *lex sustantiae*⁶¹¹. Al punto, el artículo 12 *eiusdem* dispone que “La existencia y la validez del contrato (...) así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable se regirán por la norma que corresponde conforme a esta Convención (...)”. Cabe observar que esta solución se aparta de la aportada por el artículo 3.4 del *CLAR80*⁶¹² que ordena someter expresamente “la existencia y la validez del consentimiento de las partes”, en cuanto a la elección de la ley aplicable, a las siguientes disposiciones: el artículo 8 *eiusdem* a la *lex sustantiae* en cuanto al fondo; el artículo 9 *eiusdem* regula la forma: 1. a la *lex sustantiae* si las partes se encuentran en un mismo país: 2. Si las partes se encuentran en distintos países, “la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Convenio o de la ley de uno de estos países” y; el artículo 11 *eiusdem* rige la incapacidad de las partes si se encuentran en el mismo país.

Por su parte, el *Código Bustamante* no contiene una norma que regule expresamente el pacto de elección del Derecho aplicable. No obstante, por vía analógica, puede regirse la existencia y validez sustancial del consentimiento del *pactum de lege utenda* en base a las normas contenidas en las siguientes disposiciones: el artículo 166 que otorga fuerza de ley de las obligaciones contractuales; el artículo 169 que somete la naturaleza y efectos de las diversas clases de obligaciones a “la ley de la obligación de que se trata”; el artículo 177 que ordena, en relación con el consentimiento, aplicar la ley territorial al estatuto delictual. De manera general, se estaría dando una solución, de acuerdo con la teoría general de la formación del contrato, que atribuye competencia al Derecho aplicable para regir la existencia y validez del consentimiento; sin

⁶¹¹ La competencia de la *lex sustantiae* para validar el *pactum de lege utenda* es receptada por la Convención sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Bienes Muebles Corporales (La Haya, 15 de junio de 1955) al disponer en su artículo 2 que “*les conditions relatives au consentement des parties, quant a la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi*”.

⁶¹² Artículo 3.4 del *CLAR80*: “La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11”.

perder de vista que, en virtud del artículo 185 del *CB* “en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”.

En el ámbito de aplicación del DIPr autónomo venezolano, tampoco existe normativa alguna que regule expresamente el *pactum de lege utenda*; La solución a su existencia y validez sustancial podría surgir de la aplicación analógica del artículo 29º de la *LDIPV* en virtud del cual, la individualización voluntaria del Derecho rector del acto, se pueda someter también la presunta *lex substantiae* como resultado de la aplicación de dicha norma de conflicto. Esta solución se revela armónica porque la elección voluntaria exige para su existencia una situación contractual presumiblemente válida, al menos. En otras palabras, la competencia de la *lex substantiae* evitaría que la misma manifestación de voluntad sea evaluada dos veces.

II. La formación del Contrato

El término “formación” abarca una serie de realidades diferentes⁶¹³. La doctrina suele distinguir dos etapas en la formación del contrato: la denominada “generación del contrato” y la del “perfeccionamiento del contrato”⁶¹⁴. En este contexto, la formación del contrato es gobernada generalmente por el Derecho que sería aplicable (*the proper law*) si el contrato ha sido válidamente concluido⁶¹⁵. Siguiendo la Doctrina General del Contrato, la formación del leasing financiero internacional como fenómeno global, ha de ser regulada por el Derecho que lo gobierna unitariamente. Su generación comienza con la *invitatio ad offerendum* que el potencial Usuario, actuando *motu proprio* por su necesidad de contratar, se la dirige al Proveedor extranjero sin que haya mediado, necesariamente, relación previa alguna con la Arrendadora. La generación del contrato termina al momento en que se perfecciona⁶¹⁶ con la concurrencia integradora de los asentimientos de las tres partes contratantes⁶¹⁷. El perfeccionamiento del contrato considerado unitariamente implica tanto la aceptación por el Usuario de la oferta de *leasing* firme como la aceptación por la Arrendadora de la oferta firme del Proveedor. Tal situación conduce a pensar que, desde la perspectiva del fraccionamiento del contrato, el perfeccionamiento del acuerdo de leasing es presupuesto para el perfeccionamiento del acuerdo de suministro.

⁶¹³ Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 95.

⁶¹⁴ Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones...*, ob. cit., p. 487.

⁶¹⁵ Dicey, A.V., *Dicey's Conflict of Law*, London, J.H.C. Morris.1973, 9th ed., pp. 148 y 763.

⁶¹⁶ El *Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo* de 1940 (Tratado de Montevideo de 1940) utiliza impropiaemente el término “perfección” en lugar del término “formación” cuando en el artículo 42 dispone que “La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada”. Igualmente, el artículo 37 del *Tratado de Montevideo de 1889*.

⁶¹⁷ El asentimiento es un acto individual y personalísimo que consiste en una declaración única de voluntad, con contenido adhesivo, respecto de otra, pero sin que haya lugar a la formación de un consentimiento (*Vid. Messineo, Teoría general...*, ob. cit., Tomo I, p. 104).

En relación con las soluciones que pudieran ser aportadas por las fuentes normativas del DIPr venezolano al asunto del Derecho aplicable a la formación del contrato, el artículo 12 de la *CIDACI* no la alude directamente sino que lo hace implícitamente al referirse, por una parte, a las condiciones requeridas concurrentemente para la existencia del contrato: consentimiento de las partes; objeto que pueda ser materia de contrato; y causa lícita.⁶¹⁸ Dicho artículo también alude a los presupuestos de validez del contrato: capacidad legal de las partes; y ausencia de vicios del consentimiento. Haciendo *ceteris paribus* “objeto” y “causa lícita”, la existencia del contrato será función solamente de una manifestación “trilateral” de voluntades, cuya válida concurrencia perfecciona el contrato. Igualmente, si atendemos a la norma del artículo 5(a) de la *CIDACI*⁶¹⁹, siguiendo las disposiciones del artículo 3.1 de los *PUCCI*⁶²⁰, la validez sustancial del contrato atiende solamente a la ausencia de vicios en el consentimiento. Por lo tanto, la formación del contrato atiende al consentimiento dado válidamente por las tres partes como elemento existencial. En este contexto, el contrato se regirá por una “ley putativa” en virtud del artículo 12 de la *CIDACI*. Es decir, el Derecho que sería aplicable en caso de ser el contrato válido⁶²¹.

Por su parte, el artículo 177 del *CB* dispone que “se aplicará la ley territorial al error, la violencia, la intimidación y el dolo, en relación con el consentimiento” aunque tal fuente de DIPr venezolano no haya establecido específicamente regulación alguna sobre el consentimiento de las partes como elemento esencial para la formación de contrato. De resultar competente el Derecho material venezolano, será aplicable la normativa contenida en los artículos 110 a 115 del *COCOV* respecto de la oferta y su aceptación. Se aplicarán supletoriamente, en virtud del artículo 8 *eiusdem*, las disposiciones contenidas en los artículos 1.137 a 1.139 del *CCV* sobre esta materia. No obstante, en virtud de los artículos 1º *in fine* y 31º de la *LDIPV* se puede recurrir a la aplicación de los principios del Derecho Comercial Internacional a efectos de precisar el Derecho aplicable a los contratos internacionales. Por lo tanto, serían aplicables los artículos 2.1 a 2.22 de los *PUCCI* que representan una especie de *soft law* en tanto que *lex*

⁶¹⁸ Artículo 12 de la *CIDACI*: “La existencia y la validez del contrato... se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo”.

⁶¹⁹ Artículo 5 de la *CIDACI*: “Esta Convención no determina el derecho aplicable a: a) Las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes (...)”.

⁶²⁰ Artículo 3.1 de los *PUCCI*: “Estos Principios no atañen a la invalidez del contrato causada por: (a) incapacidad, (b) falta de legitimación; (e) inmoralidad o ilegalidad”.

⁶²¹ Esta solución es la que acepta el Convenio de Roma. Artículo 8.1 del *CLAR80*: “La existencia y validez del contrato, o de cualquiera de sus cláusulas, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Convenio si el contrato o la disposición fueran válidos”.

*mercatoria*⁶²², aportando una solución material respecto de la formación del contrato de leasing financiero internacional.

A. Formación del convenio de suministro

Tan sólo con la *invitatio ad offerendum* del potencial Usuario establecido en Venezuela y sus negociaciones previas con el Proveedor extranjero, no se llega a perfeccionar el convenio de suministro. Su perfeccionamiento se alcanza en el momento en que se integran válidamente las declaraciones de voluntad “Proveedor-Arendadora”; aunque estas partes tengan sus establecimientos en el mismo país extranjero o en Estados extranjeros distintos. Nada parece impedir que el destinatario de la oferta firme del Proveedor sea una persona diferente a la que haya formulado la *invitatio ad offerendum*. En los casos de aplicación del DIPr existe la posibilidad de recurrir a la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (Viena, 1980)⁶²³; cuando Arrendadora y Proveedor tienen sus establecimientos en Estados distintos o en virtud de la autonomía conflictual. Esta *Convención* se limita a regular materialmente aspectos relativos a la formación de tales contratos: la oferta, su aceptación y el concurso; introduciendo también ciertas reglas sobre la modificación del contrato⁶²⁴. Por otra parte, aunque Proveedor y Arrendadora tengan sus establecimientos en el territorio de un mismo Estado podrán convenir en la elección de las normas contenidas en los *PUCCI* que sean pertinentes para regular el convenio de suministro.

En relación con la validez de la oferta firme del Proveedor, cabe mencionar algunos aspectos de importancia. En primer lugar, importa la determinación de un destinatario distinto al interesado; en tal caso la arrendadora, aunque las negociaciones previas hayan tenido lugar entre proveedor y potencial usuario. Esta circunstancia está considerada en el artículo 1.1 de la *CULFI*⁶²⁵. En segundo lugar, lo concerniente a la precisa especificación del bien de equipo que es objeto de la operación, la cual es preparada por el potencial usuario y no así por la

⁶²² Parra-Aranguren, Gonzalo, La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1992, No. 86, pp. 3-73, esp. pp. 61-62. El Preámbulo de los Principios de Unidroit establece, entre otros propósitos, que “Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes”.

⁶²³ Artículo 4º de la Convención de Viena de 1980: “La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato”.

⁶²⁴ Esplugues Mota, Carlos, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, en: *Material de apoyo del Seminario sobre Derecho Comercial Internacional, dictado en el Centro de Estudios de Post-grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas. Universidad Central de Venezuela, enero de 2000*, pp. 101-221; esp. p. 161.

⁶²⁵ Artículo 1.1 de la *CULFI*: “Esta Convención gobierna una operación de leasing financiero (...) en la cual una parte (*the lessor*) (...) según las especificaciones de otra parte (*the lessee*) celebra un acuerdo (*supply agreement*) con una tercera parte (*the supplier*) (...)”.

arrendadora⁶²⁶, en vista de que una defectuosa especificación podría acarrear la inexistencia de la oferta firme⁶²⁷; este asunto regulado en el artículo 1.2. de la *CULFI*. En tercer lugar, la cuestión concerniente con la precisión del precio de venta, lo cual importa en relación con el precio de las cuotas a convenir en el acuerdo de arrendamiento. Cabe señalar, respecto del perfeccionamiento del convenio de suministro, que la aceptación debe ser un acto de asentimiento a la oferta manifestado por la Arrendadora y de ningún modo por el potencial Usuario. “Ni el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos, implican aceptación”⁶²⁸.

B. Formación del convenio de leasing

Desde el momento en que la Arrendadora recibe del potencial Usuario una solicitud que conlleva anexa la oferta de venta firme del Proveedor a su nombre, se inicia el convenio de arrendamiento, cuya formación culmina con la aceptación de la oferta de arrendamiento financiero y el consecuente perfeccionamiento. La determinación del Derecho competente aplicable a la formación de dicho convenio puede presentar diferentes situaciones según que la Arrendadora y Usuario tengan sus establecimientos en el mismo país (por ejemplo, en Venezuela) o que la Arrendadora esté establecida en país extranjero mientras que el Usuario está establecido en Venezuela. En base a la prelación de fuentes normativas de DIPr venezolano, la existencia y validez del Convenio se regiría por el Derecho que, putativamente, señala la norma del artículo 12 de la *CIDACI*.

La validez formal del Convenio sería regulada, según los lugares de establecimiento de las partes, en virtud de la norma del artículo 13 *eiusdem*; siempre que las cláusulas contractuales —incluyendo las Condiciones Generales— no incurran en vicios del consentimiento, tal como lo dispone el artículo 177 del *CB*. En ausencia de normas de DIPr convencional, la norma de conflicto contenida en el artículo 29º de la *LDIPV* permitiría, en virtud de la autonomía conflictual mercatoria, la elección voluntaria de los *PUCCI* (Capítulo 2; Sección 1: Formación) para regir la formación del convenio de leasing. A los mismos efectos conduce la norma del artículo

⁶²⁶ La *Convención de Unidroit sobre leasing financiero internacional* dispone en su artículo 1.2, en relación con esta materia que “... (a) El usuario (*the lessee*) especifica el equipo y selecciona el proveedor (*the supplier*) sin atenerse principalmente a la destreza y criterio de la empresa de leasing (*the lessor*)...”. La negociación de los detalles técnicos del equipo concierne directamente al potencial usuario.

⁶²⁷ La Sentencia del *Oberlandesgericht* de 31 de marzo de 1995 (CNUDMI, Caso No. 135) plantea la cuestión de la precisión del bien y, por lo tanto, de la validez de la oferta de venta. El contrato se refería a la fabricación de una cantidad determinada de tubos de ensayo. Durante las negociaciones previas se habló de los distintos tipos de cristal, sin llegar a concretar uno. En su fallo, el Tribunal precisa la inexistencia de una oferta válida y, en consecuencia, de un contrato válido, dado que en ningún momento vendedor y comprador llegaron a un acuerdo sobre una concreta especificación cualitativa del tipo de cristal. (*Id.* C. Esplugues Mota, *Compraventa internacional*.... ob. cit., p. 161).

⁶²⁸ Tanto el artículo 18 de la *Convención de Viena de 1980* como el artículo 2.6.1 de los *PUCCI* coinciden en disponer al respecto que constituirá aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que manifieste su asentimiento a una oferta. Ni el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos, implican aceptación.

31 de la *LDIPV* que ordena tomar en cuenta “los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”, “a falta de indicación válida”.

Las negociaciones previas relativas al convenio de leasing se caracterizan por tener un alto contenido económico que se refleja en la importancia que tiene el precio indicado en la oferta del proveedor, para calcular las contraprestaciones dinerarias del usuario, las cuales han de incluir los intereses que “deberán calcularse tomando en cuenta las amortizaciones del precio pagado por la arrendadora al adquirir el bien objeto del contrato”⁶²⁹. Además, “la amortización del precio pagado por la arrendadora al adquirir el bien deberá ser incluida dentro del monto de la contraprestación dineraria que se pagará durante el plazo de arrendamiento por la cesión de uso del bien (...)”⁶³⁰. En consecuencia, la validez de la oferta de leasing es función primordial de la fijación del precio contractual. En este contexto y por virtud de los elementos específicos del contrato de leasing financiero internacional, la validez de la oferta está condicionada también por la determinación precisa de: la duración del contrato, el valor residual y la triple opción del usuario.

Del carácter adhesivo del contrato de leasing financiero se deriva el problema relativo a la incorporación de condiciones o cláusulas generales en el curso de las negociaciones previas. Si las Condiciones propuestas por la Arrendadora son expresamente aceptadas por el potencial Usuario, el problema se reduce a la determinación de la validez de aquellas condiciones relativas a la oferta y la aceptación. Pero si tales cláusulas no han sido aceptadas expresamente, será preciso establecer los requisitos según los cuales aquellas cláusulas no negociadas pudieran ser incorporadas en el contrato de leasing financiero internacional. Este problema pudiera solucionarse mediante normas de Derecho material uniforme o en el Derecho elegido mediante las normas de conflicto del foro⁶³¹. Al respecto, los artículos 2.19 a 2.22 de los *PUCCI* aportan la solución⁶³².

⁶²⁹ Parágrafo Tercero del artículo 120 de la *LGBOIF*.

⁶³⁰ Artículo 121 de la *LGBOIF*.

⁶³¹ Boggiano, *International Standard...*, ob. cit., p. 24.

⁶³² Artículo 2.19 de los *PUCCI*: “(1) Cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar para celebrar un contrato, se aplicarán las normas generales que se refieren a la formación del contrato, sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.20 al 2.22. (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizados, de hecho, sin ser negociadas por la otra parte”. Artículo 2.20 de los *PUCCI*: “(1) Carecerá de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la acepte expresamente. (2) Para determinar la existencia de dicha estipulación, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”. Artículo 2.21 de los *PUCCI*: “En caso de contradicción entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última”. Artículo 2.22 de los *PUCCI*: “Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado en base a lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes hubiera indicado claramente con antelación, o que luego de formalmente celebrado y sin demora así lo comuniquen a la contraparte, que no tiene el propósito de quedar obligada por dicho contrato”.

Además, las normas de conflicto del foro ofrecen la solución de la ley putativa del contrato (*putative proper law*) para gobernar el contrato. Esta solución es razonable al menos en los casos donde el destinatario de la oferta ha evidenciado un interés en el negocio⁶³³. Tales el caso del convenio de leasing, porque garantiza la aplicación de un Derecho definido durante el curso de las negociaciones previas. En este sentido, si la oferta de leasing ha sido aceptada, la incorporación ulterior de cláusulas generales es gobernada por la *lex contractus* (*the proper law*)⁶³⁴. Por otra parte, se hace necesario considerar el problema que puede surgir cuando la aceptación de la oferta, particularmente mediante el silencio del adherente, deba ser legalmente considerada como un aceptación válida o como una conducta no vinculante. En general, la conducta vinculante de una parte en las negociaciones precontractuales debería ser regida por el Derecho del domicilio de esa parte⁶³⁵. Así, los efectos de una aceptación no pueden ser atribuidos a una conducta que esté en colisión con ese Derecho. Luego, el silencio u otra conducta que pudiera ser considerada como aceptación válida no podría, en justicia, ser sometida a la ley putativa del acuerdo, cuya existencia, en sí misma, pudiera ser controversial.

III. Efectos del contrato

La Doctrina General del Contrato denomina “efectos del contrato” las relaciones que se determinan entre las partes por el hecho de que el contrato quede concluido y, además, sea ejecutado⁶³⁶. Algunos efectos nacen de su mera conclusión.⁶³⁷ Otros, para producirse suponen que se lleve a cabo también su ejecución⁶³⁸; es decir, la prestación de la actividad necesaria para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones. No debe confundirse la noción de “efectos del contrato” con lo que se entiende como “contenido del contrato” que, es la perspectiva de lo que el contrato puede determinar como efectos. En el contrato de leasing financiero el contenido es fijado básicamente por la Arrendadora; es el *prius* respecto de la producción de sus efectos⁶³⁹. La celebración del contrato de leasing financiero mobiliario internacional produce efectos obligatorios y efectos reales. Estos últimos, por su naturaleza, serán tratados en epígrafe separado.

⁶³³ Dicey, *Dicey's Conflict of Law...*, ob. cit. p. 763.

⁶³⁴ Boggiano, *International Standard...*, ob. cit., p. 34.

⁶³⁵ En virtud del artículo 4 de la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles* (CIDIP II, Montevideo, 1.979) y del artículo 20 de la *LDIPV*, las conductas del adherente venezolano al contrato de leasing financiero internacional se rigen por el Derecho material venezolano.

⁶³⁶ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo II, p. 142.

⁶³⁷ El primer y fundamental efecto del contrato es que, al quedar perfeccionados, “Los contratos adquieren fuerza de ley entre las partes”. Así lo dispone la norma contenida en el artículo 1.159 del *CCV*.

⁶³⁸ En virtud del artículo 1.160 del *CCV*, “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”.

⁶³⁹ En virtud del artículo 1.166 del *CCV*: “Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes (...) excepto en los casos establecidos por la Ley”.

A. Las obligaciones de las partes

Constituyen los efectos internos de los contratos que, en virtud del principio de relatividad de los contratos, la deuda sólo puede reclamarla el acreedor y la obligación sólo puede cumplirla el deudor. Siendo el contrato el fruto de la integración de voluntades individuales válidamente declaradas, los derechos y obligaciones derivados del contrato internacional deben ser regulados por la *lex contractus* que, en principio, señalará la extensión de las obligaciones creadas. Ella controlará el contenido de la obligación; es decir, la prestación. Su competencia llega a la posibilidad de una revisión de contenido en los derechos y obligaciones con la finalidad de restablecer el equilibrio si han ocurrido circunstancias posteriores imprevisibles que así lo ameriten.

En este contexto, la norma del artículo 166 del *CB* dispone que “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código”. Además, el artículo 169 *eiusdem* dispone que “la naturaleza de las diversas clases de obligaciones (...) se rige por la ley de la obligación de que se trata”. Por su parte, la norma del artículo 14(b) de la *CIDACI* incluye “los derechos y las obligaciones de las partes” en la enumeración no exhaustiva que hace de las cuestiones que entran en el ámbito material de la *lex contractus*⁶⁴⁰. En el sistema de DIPr autónomo venezolano las obligaciones contractuales se rigen, en principio, por la *lex voluntatis* en virtud del artículo 29º de la *LDIPV* y, a falta de indicación voluntaria válida, por “*the proper law of the contract*”.

En el ámbito del Derecho material uniforme, el artículo 5.1 de los *PUCCI* dispone que “las obligaciones contractuales pueden ser expresas o implícitas”. En virtud del artículo 5.2 *eiusdem*, estas últimas dimanar de: (a) la naturaleza y finalidad del contrato; (b) las prácticas establecidas entre las partes u los usos; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común. El artículo 5.3 *eiusdem* regula, entre otros aspectos, “la cooperación entre las partes para el cumplimiento de las obligaciones”. El artículo 5.4 *eiusdem* aporta una clasificación, según la finalidad perseguida por la prestación: “obligación de resultado” y “obligación de medios”. El artículo 5.5 *eiusdem* establece “los criterios para subsumir una obligación” en uno de uno de estos dos tipos.

⁶⁴⁰ Artículo 14(b) de la *CIDACI*: “El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente (...) los derechos y obligaciones de las partes...”.

B. El cumplimiento de las obligaciones

Esta es la finalidad última del contrato y la razón de ser de toda obligación. En términos del artículo 1.264 del *CCV* “Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas (...)”. Sobre esta materia, el artículo 166 del *CB* dispone que “las obligaciones que nacen de los contratos (...) deben cumplirse al tenor de los mismos (...)”. Al punto, el artículo 169 *eiusdem* expresa que “La naturaleza y efectos de las diversas clases de obligaciones (...) se rigen por la ley de la obligación de que se trata”. Es decir, En otros términos, el cumplimiento de las obligaciones convencionales se rige por la *lex contractus*. Por otra parte, en virtud del artículo 14(c) de la *CIDACI* “El derecho aplicable al contrato (...) regulará principalmente (...) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato (...)”⁶⁴¹.

Aunque dicho artículo sigue al artículo 10.1(b) del *CLAR80* en materia cumplimiento de las obligaciones, la *CIDACI* no recepta la disposición del artículo 10.2 del *CLAR80* “en lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento”. Dicha norma las somete a “la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”. Esta regulación somete los aspectos materiales y formales del cumplimiento de las obligaciones al ámbito de la *lex contractus*, desmontando así una restricción al juego de dicha *lex*. En materia de pago, el artículo 170 del *CB* somete la regulación de “las condiciones del pago y la moneda en que debe hacerse” a la ley del lugar donde se cumple el pago. A la ley de este mismo lugar, el artículo 171 *eiusdem* somete la regulación de “la determinación de quién debe satisfacer los gastos judiciales que origine el pago, así como su regulación”.

Respecto del contrato de leasing financiero internacional, el pago de las cuotas dinerarias convenidas constituye la forma plena y habitual de cumplir la obligación. De allí su calificación de contrato de tracto sucesivo. Al punto, importa tomar en cuenta las normas sobre control de cambio tanto las del lugar del Derecho competente como las del lugar donde se debe cumplir el pago. En todo caso, la materia relativa al pago de obligaciones pecuniarias implica un riesgo cambiario, principalmente en contratos de tracto sucesivo en los que durante la duración o ejecución del contrato la paridad de la moneda de pago puede cambiar sensiblemente afectando negativamente las expectativas de una de las partes o de todas ellas.

Los *principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* regulan diversos aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones: el artículo 6.1.1 “el

⁶⁴¹ Los términos “ejecución” y “cumplimiento” son, por lo común, empleados promiscuamente. Ha de observarse que “cumplimiento” es un término atinente a la disciplina de la obligación e indica el momento en que la obligación transcurre hacia su propia actuación. La ejecución del contrato es definitiva, es decir, es algo irrevocable y no sujeto a ser materia de arrepentimiento. Lo que las partes hacen, en ejecución del contrato válido, causa estado y no puede ser reducido a la nada (Messineo, *La Doctrina General...*, ob. cit., Tomo II, p. 146).

momento del cumplimiento”; el artículo 6.1.2 “cumplimiento de una sola vez” y “cumplimiento en etapas”; el artículo 6.1.3 “cumplimiento parcial”; el artículo 6.1.4 “la secuencia en el cumplimiento”; el artículo 6.1.5 “cumplimiento anticipado”; el artículo 6.1.6 “el lugar del cumplimiento”. También regula las formalidades del cumplimiento: “pago con cheque u otro instrumento” (artículo 6.1.7); “pago mediante transferencia de fondos” (artículo 6.1.8) y “moneda de pago” (artículo 6.1.9). Incluye también la regulación de los elementos accidentales del pago: “los gastos del pago” (artículo 6.1.11); “la imputación de pagos” (artículos 6.1.12 y 6.1.13); entre otras disposiciones relativas al pago.

En el sistema de DIPr autónomo venezolano, el cumplimiento de las obligaciones contractuales se rige por la *lex contractus* por indicación de los artículos 29° y 30° de la *LDIPV*; y “cuando corresponda” por el artículo 31° *eiusdem*. Pero la validez formal del cumplimiento obligacional está regulada en el artículo 37° *eiusdem*⁶⁴² que consagra el principio *favor validitatis*, por cuya virtud las formalidades del cumplimiento de las obligaciones contractuales se rigen, alternativamente: 1. Por el Derecho del “lugar de celebración del acto”; 2. Por el Derecho “que rige el contenido del acto”; 3. Por el Derecho “del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes”. Interesa apuntar que, en Venezuela, la Carta de Crédito (crédito documentario) es el instrumento de pago por excelencia en toda operación comercial internacional⁶⁴³, *a fortiori*, el pago de las obligaciones dinerarias derivadas del convenio de suministro (*supply agreement*) en el contrato de leasing financiero mobiliario internacional. Este instrumento de pago está regulado uniformemente por las RRUU500 que se aplican sin necesidad de que las partes las adopten expresamente⁶⁴⁴.

C. El régimen del incumplimiento

Lógicamente, corresponde al Derecho aplicable al contrato (*lex contractus*) regir los efectos negativos que se oponen al fin último y razón de ser del normal cumplimiento del contrato. Conceptualmente, el incumplimiento de una obligación consiste en la sustracción al deber categórico de observar la obligación que surge del contrato mismo, que se fundamenta en la violación al principio *pacta sunt servanda*. El artículo 7.1.1 de los *PUCCI* define tal

⁶⁴² Artículo 37 de la *LDIPV*: “Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1. El del lugar de celebración del acto; 2. El que rige el contenido del acto; o 3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes”.

⁶⁴³ Rodner, *Elementos de Finanzas...*, ob. cit., pp. 1007 ss.

⁶⁴⁴ La versión de las RRUU500 (Publicación 500 de 1993) fueron adoptadas en Venezuela por el Consejo Bancario Nacional por Resolución de 2 de noviembre de 1995; inscrita en la Notaría Pública 37 de Caracas, por documento de fecha 21 de febrero de 1996, bajo el Número 4, Tomo 10 del Libro de Autenticaciones. A pesar de esto, es recomendable que en las Cartas de Crédito se establezca en su texto que la misma está sujeta a la versión publicación 500 de *las Reglas Y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios de la CCI* (Rodner, *Elementos de Finanzas...*, ob. cit., p. 1010).

incumplimiento como “la falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”. En el ámbito de aplicación de las normas de DIPr convencional vigentes en Venezuela, el artículo 14(c) de la *CIDACI* somete “las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria” al Derecho competente elegido voluntariamente (*lex contractus*) o judicialmente (*the proper law*).

Cabe destacar que la expresión “consecuencias del incumplimiento” hace referencia, en primer lugar, a las consecuencias que el Derecho competente o el contrato le atribuyen a la sustracción, total o parcial, del deber de observancia a las obligaciones convenidas, cuando se trata de responsabilidad civil de la parte a la que se le imputa el incumplimiento. En segundo lugar, a la resolución del contrato por incumplimiento; y en tercer lugar, a la eventual necesidad de un requerimiento al obligado para que su responsabilidad civil quede empeñada. La evaluación del daño, material o moral, queda comprendida dentro de las consecuencias del incumplimiento, en tanto y en cuanto se pueda determinar el pago indemnizatorio mediante aplicación del Derecho competente por parte del Juez que conoce del asunto. Los Derechos nacionales divergen en cuanto a la calificación, procesal o de fondo, de los hechos dañosos. Por lo tanto, el Derecho aplicable al incumplimiento de las obligaciones contractuales deberá ser coordinado siempre con el Derecho procesal del lugar donde se tramite el juicio⁶⁴⁵.

Es racionalmente coherente que si el Derecho competente regula aspectos concernientes con el cumplimiento de las obligaciones, también regule aspectos relativos a su incumplimiento. En caso de que ser aplicable la *lex fori* venezolana a al contrato de arrendamiento financiero mobiliario, el artículo 120 *in fine* de la *LGBOIF* dispone que “(...) en caso demora en el pago de las cuotas de arrendamiento financiero, los intereses moratorios se calcularán sobre el monto que resulte de restar a las respectivas cuotas, los intereses compensatorios incluidos en las mismas”. Por su parte, el artículo 1.271 del *CCV* dispone que “el deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por la inejecución de la obligación como retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”. En la esfera de aplicación del Derecho uniforme, los artículos 7.1.1 a 7.1.8 de los *PUCCI* regulan diversos aspectos sobre “Incumplimiento en general”. Por otra parte, los artículos 7.2.1 a 7.2.5 *eiusdem* regulan el “derecho a reclamar el incumplimiento”.

⁶⁴⁵ Noodt Taquela, Convención Interamericana..., ob. cit., p. 115.

D. La extinción de las obligaciones.

En principio, el pago es la manera ordinaria o normal por excelencia de extinguir las obligaciones contractuales. Es decir, se “pagan” todas las obligaciones que recaigan o no sobre sumas de dinero⁶⁴⁶. Sin embargo, las legislaciones nacionales aportan además otras maneras o medios de extinción de las obligaciones. Algunos son aceptados casi universalmente (v.g. el pago; la novación; la compensación; la confusión; la pérdida de la cosa debida; la delegación). Otros medios no son de recepción uniforme en los textos legales (v.g. la realización de la condición resolutoria; el vencimiento del término extintivo; la prescripción extintiva). Algunos de los modos de extinción señalados dependen de la voluntad de las partes (v.g. el pago; la novación; la delegación) y otros son involuntarios (v.g. la compensación; la prescripción extintiva).

De manera general, el artículo 1.282 del *CCV* dispone que “las obligaciones se extinguen por los medios a que se refiere este Capítulo [Capítulo IV De la extinción de las obligaciones] y por los demás que establezca la Ley”. Dicho Capítulo hace referencia a: el pago en general; el pago con subrogación, convencional o legal; la novación; la compensación; la confusión... En la esfera de aplicación del DIPr venezolano, el artículo 14(d) de la *CIDACI* somete la regulación de “los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones” (que tradicionalmente los ordenamientos de *common law* han considerado materia procesal) al Derecho aplicable elegido voluntaria o judicialmente.

Conviene aclarar que la “la prescripción de las obligaciones basada en la expiración de un plazo” en el artículo 10.1(d) del *CLAR80* procede al no ser reclamadas durante cierto lapso por el acreedor o incumplidas por el deudor frente a la ignorancia o pasividad prolongadas, le concede al deudor el derecho de imponerle silencio judicial; por lo que esta prescripción no es meramente extintiva⁶⁴⁷. En cuanto a la “caducidad basada en la expiración de un plazo” es basada en la ineficacia de la obligación por no haberse cumplido en determinados plazos legales, resultando más apropiado hablar de “prescripción extintiva”⁶⁴⁸.

Sobre estos aspectos, en la *CIDACI* “la prescripción de las acciones” se refiere a la inexigibilidad de las obligaciones por la extinción de los derechos en cuanto a su eficacia procesal por haber dejado de transcurrir cierto tiempo sin ejercerlos o demandarlos; lo que realmente constituye prescripción extintiva⁶⁴⁹. Respecto de la “caducidad de las acciones” procede como el efecto que, en el vigor de una norma legal, produce el transcurso del tiempo sin aplicarse; equiparable en cierto modo a una derogación tácita⁶⁵⁰. Finalmente, en casos de

⁶⁴⁶ Palacios Herrera, Oscar, *Apuntes de Obligaciones*, Maracaibo, LUZ, Ediciones Centro de Estudiantes, 1982, p. 353.

⁶⁴⁷ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, Heliasta, 1976, Tomo III, p. 361.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, T. I, p. 313.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, T. III, p. 359.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, T. I, p. 313.

aplicación del DIPr venezolano, la extinción de las obligaciones se rige por el Derecho aplicable a las obligaciones convencionales, en virtud de las normas contenidas en los artículos 29º y 30º de la *LDIPV*.

IV. Nulidad o invalidez del contrato

Haciendo excepción de los asuntos relativos a la capacidad de las partes y la forma del contrato; importan las consecuencias que derivan, en primer lugar, de la eventual falta de alguno de los elementos de existencia o intrínsecos del contrato (consentimiento de las partes; objeto; y causa lícita). En segundo lugar, las que derivan de la ausencia de elementos que condicionan la validez de fondo (los vicios que afecten el consentimiento y las prohibiciones legales relativas al contenido del contrato). En principio, la falta de tan sólo uno de los elementos de existencia del contrato acarrea su nulidad absoluta, con la excepción de las reparaciones y consecuencias que por dañoso pueda originar. Sin embargo, el contrato también puede ser anulado por imperio de la Ley⁶⁵¹.

La norma contenida en el artículo 14(e) de la *CIDACI* somete “las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato” al Derecho competente elegido voluntaria o judicialmente en los términos establecidos en los artículos 7 a 11 *eiusdem*. Por lo tanto, quedan sometidas a la *lex contractus* o a la *proper law* del contrato las restituciones debidas por las partes como consecuencia de la constatación de nulidad o invalidez del contrato; sin perder de vista la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 12º *eiusdem* que ordena al Juez la determinación del Derecho aplicable para “establecer que una parte no ha consentido debidamente”, “tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”⁶⁵².

Finalmente, la norma contenida en el artículo 183 del *CB* dispone que “Las disposiciones sobre nulidad de los contratos se sujetarán a la ley de que la nulidad dependa”. Lógicamente, las consecuencias de la nulidad por inexistencia serán regidas por la *lex contractus*. Pero si una de las partes contratantes comete, por ejemplo, un error de derecho en relación con el consentimiento, procederá la aplicación de la ley territorial o local en virtud del artículo 177 *eiusdem*; y por lo tanto, a las consecuencias que acarrea la invalidez del contrato; es decir, procedería la aplicación del Derecho del país donde el agente tenga su establecimiento.

⁶⁵¹ Al respecto, el artículo 1.147 del *CCV* dispone que “el error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando ha sido la causa única o principal”.

⁶⁵² Párrafo segundo del artículo 12 de la *CIDACI*: “(...) Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

V. Interpretación del contrato

Es de principio que “Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes”⁶⁵³; y “no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley”, en virtud del artículo 1.166 del *CCV*. Pero su interpretación encierra una realidad compleja en la que se combinan: la búsqueda de la voluntad de las partes, el sentido de los términos utilizados, la lógica, e incluso la tradición; entre muchas otras cuestiones⁶⁵⁴. Por lo tanto, en virtud del párrafo tercero del artículo 12 del *CPC*: “(...) En la interpretación de los contratos (...) que presentan oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes (...) teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe”. Aparejada con la tarea de interpretar un contrato, existen normas jurídicas que gobiernan su exégesis.

Es necesario tener siempre presente la diferencia entre “interpretar un contrato” e “interpretar las normas que disciplinan el contrato”; particularmente las normas relativas a su interpretación. Sólo después de haber interpretado “las normas sobre interpretación del contrato”, se puede proceder útilmente a la interpretación de este último en concreto⁶⁵⁵. La necesidad de interpretar un contrato surge solamente cuando las partes no están de acuerdo inicialmente sobre el alcance de una o varias de sus cláusulas. Esta es la causa por la que se requiere una interpretación cierta de ellas, que las partes deben acatar pacíficamente. Lo mismo aplica cuando las partes descubren la existencia de un desacuerdo con posterioridad al acto inicial de la ejecución del contrato. Tal desacuerdo puede versar sobre lo que una de las partes pretende descubrir en el contenido del contrato (la voluntad contractual) y que la otra parte niega que exista, en tanto que opina haber algo distinto⁶⁵⁶.

En virtud del artículo 14(a) de la *CIDACI*, el Derecho aplicable al contrato regulará principalmente, entre otros aspectos, la interpretación del contrato⁶⁵⁷. Pero la norma contenida en el artículo 4 *eiusdem* tiene por tipo legal “la interpretación y aplicación” de ella misma⁶⁵⁸. A tales efectos, su consecuencia jurídica ordena tener en cuenta “su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación”. De manera similar, el párrafo 1º del artículo 6 de la *CULFI* versa sobre la interpretación de sí misma, expresando además, el

⁶⁵³ *Vid.* primera oración del artículo 1.159 del *CCV* y del artículo 1372 del *CCIT*.

⁶⁵⁴ Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 97.

⁶⁵⁵ Messineo, *Doctrina General del Contrato...*, ob. cit., Tomo II, p. 88.

⁶⁵⁶ Messineo, *Doctrina General del Contrato...*, ob. cit., Tomo II, p. 89.

⁶⁵⁷ La determinación del Derecho aplicable al contrato puede depender de la interpretación del contrato mismo (*Vid.* Boggiano, *International Standard...*, ob. cit., p. 64). Es decir, de la interpretación de las expresiones contenidas en los acuerdos, particularmente en los contratos que, como en el leasing financiero, contienen condiciones o cláusulas generales normalizadas que están impresas en una forma o formulario, a efectos de disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales.

⁶⁵⁸ La norma contenida en el artículo 4 de la *CIDACI* tiene el mismo espíritu, propósito y razón que contiene la norma del artículo 18 del *CLAR80*.

requisito de observar el principio de buena fe que debe gravitar siempre en el comercio internacional. Luego, ambas normas jurídicas gobiernan su exégesis. Por su parte, el primer párrafo del artículo 184 del *CB* ordena que “La interpretación de los contratos debe efectuarse, como regla general, de acuerdo con la ley que los rija”⁶⁵⁹.

Pero cuando esa Ley se discuta o deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso es determinada mediante los artículos 185 y 186 *eiusdem*; aunque eso conlleve a aplicar al contrato, en virtud del segundo párrafo del artículo 184 *eiusdem*⁶⁶⁰, la legislación que presuntamente resulte como resultado de la interpretación de voluntad. Aplicando el artículo 185 del *CB* al contrato de arrendamiento financiero internacional, su interpretación se rige presuntamente, a falta de voluntad expresa o tácita, por la ley que rige el estatuto dicho contrato. En vista de su carácter adhesivo, el artículo 186 *eiusdem* ordena aplicar, en primer término, la Ley personal común de los contratantes y, en su defecto, la del lugar de celebración.

En el ámbito de aplicación de los Principios Generales del Derecho, los siguientes ocho artículos del Capítulo 4 de los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PUCCI)* regulan diversos aspectos relacionados con la interpretación de los contratos: artículo 4.1: “Intención de las partes”⁶⁶¹; artículo 4.2: “Interpretación de declaraciones y otros actos”⁶⁶²; artículo 4.3: “Circunstancias relevantes”; artículo 4.4: “Interpretación sistemática del contrato”; artículo 4.5: “Interpretación dando efecto a todas las disposiciones”; artículo

⁶⁵⁹ Se puede interpretar sin duda alguna que la norma contenida en el primer párrafo del artículo 184 del *CB* hace referencia a la *lex voluntatis*. Esta posición encuentra su fundamento, en primer lugar, cuando profesor Francisco López Herrera manifiesta que la consagración del principio de la autonomía de la voluntad va implícita en el artículo 184 del *CB* (*Vid.* López Herrera, El contrato en el Derecho Internacional..., ob. cit., p. 97). En segundo lugar, cuando el propio autor del Código Bustamante escribe que “(...) la ley fundamental de los contratos en Derecho Internacional Privado es la voluntad de las partes, éstas pueden señalar expresa o tácitamente las reglas a que ha de obedecer su interpretación” (Sánchez de Bustamante, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, La Habana. 1938, tomo II, p. 204). Por último, cuando el profesor Eugenio Hernández-Bretón señala que “sólo en los artículos 184 y 185 *CB*, al regular la interpretación del contrato y la ley aplicable a los contratos de adhesión, es que hace referencia a una probable admisión de la voluntad expresa, capaz de indicar la ley aplicable al contrato” (*Vid.* Hernández-Bretón, *Contratación Internacional...*, ob. cit., p. 75). Argumentos como estos han permitido que el Catedrático uruguayo Didier Operti Badan reconozca que en Venezuela se ha desarrollado el criterio de la autonomía de la voluntad como implícito en el Código Bustamante; aunque no la consagre tal cual se concibe en el derecho contractual contemporáneo (D. Operti Badan, *El tratamiento jurídico de los contratos comerciales...*, ob. cit. pp. 62 y 63).

⁶⁶⁰ La Profesora Tatiana B. de Maekelt anota que en el texto del artículo 184 del *CB* contenido se citan los artículos 186 y 187 *eiusdem*, lo cual se ha interpretado como un error debido al contenido del artículo 187 *eiusdem* (*Vid.* Maekelt, *Material de Clase...*, ob. cit., Tomo I, p. 60).

⁶⁶¹ La Doctrina del Contrato anota que la remisión a la “intención común de las partes” se refiere a lo que las partes quieren efectivamente (voluntad contractual o voluntad común efectiva) en contraposición a la voluntad común aparente (sentido literal de las palabras). No se trata de que no deban tomarse en cuenta las palabras, sino de que ellas hayan de corregirse a la luz de la efectiva voluntad común. (*Vid.* Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo II, pp. 97-101).

⁶⁶² Esta norma ofrece un criterio equivalente a la apreciación del comportamiento de las partes, anterior, simultáneo o aun posterior a la conclusión del contrato. Es decir, todo lo que las partes han hecho en dependencia del contrato (*Vid.* Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo II, pp. 103-104).

4.6: “Interpretación contra *proferentem*”⁶⁶³; artículo 4.7: “Discrepancias lingüísticas”; artículo 4.8: “Integración del Contrato”.

En el tráfico del comercio internacional existen algunas expresiones que deben ser interpretadas de acuerdo al significado que las partes le hayan dado al contratar en ejercicio de la autonomía material como criterio casi evidente. Tales expresiones bien pudieran ser acordadas a la luz del del Derecho aplicable al contrato. Es decir, las partes pudieran haber extendido las expresiones contractuales en el sentido que les otorga la *lex contractus* que es el contexto legal a ser tomado en consideración. Por ejemplo, la expresión “*to ship*” en Inglaterra se interpreta como “*to place on board*”, mientras que en Estados Unidos de América la misma expresión anglosajona significa “*to load on a train*”. Esta circunstancia permite destacar lo ventajoso que resulta el uso de expresiones o términos normalizados (*standard terms*) en los contratos comerciales internacionales, que permiten expresar en sí mismas el contenido obligacional de dichos contratos. A tal efecto, la Cámara de Comercio Internacional produjo los denominados *Incoterms* que son un conjunto de reglas internacionales que versan sobre la interpretación uniforme de los términos comerciales más usados en las transacciones comerciales. Los *Incoterm* forman parte de la *Lex Mercatoria* y son de necesaria aplicación en el convenio de suministro que conforma el complejo contrato de leasing financiero mobiliario internacional. La versión más reciente de los *Incoterms* entró en vigencia en enero del año 2000. (*Incoterms 2000*).

En el ámbito de aplicación del sistema de DIPr autónomo venezolano no existe norma alguna que regule la interpretación de los contratos internacionales. Pero en virtud de las normas de conflicto contenidas en los artículos 29º y 30º dirigidas a determinar el Derecho aplicables las obligaciones convencionales, en concordancia con las disposiciones de DIPr convencional sobre interpretación de los contratos internacionales contenidas en la *CIDACI* y *CB* (tratados vigentes en Venezuela) se puede llegar a la conclusión que serían, respectivamente, la *lex contractus* o la *proper law* del contrato las reguladoras de la interpretación de los contratos internacionales. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán “cuando corresponda”, los *CULFI* y los *Incoterms* vigentes; en virtud del artículo 31º de la *LDIPV*.

⁶⁶³ La directriz para la interpretación de los contratos contenida en el artículo 4.6 de los *PUCCI* favorece a la parte que se adhirió al contrato de leasing financiero internacional, en caso de dudas en torno a la cláusula objeto de la adhesión. Cabe destacar que la prevalencia de términos manuscritos sobre términos impresos parece ser un principio general de interpretación de condiciones “*standard*”. Al respecto, el artículo 1342 del *CCIT* dispone que “En los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas”. En sentido similar, en Portugal, el artículo 7 del *Decreto-Lei N.º 446/85*, de 25 de outubro dispone que “*As cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formularios assinados pelas partes*” (Vid. Almeida Costa, Mario y Menezes Cordeiro, Antonio, *Cláusulas Contratuais Gerais, Anotacao ao Decreto-Ley No. 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, Librería Almeida. 1991, p. 26). En el mismo sentido, el *German Standard Conditions Act, 1976* (No. 4) establece que los acuerdos contractuales particulares tiene precedencia sobre las condiciones normalizadas. El principio general *specialia generalibus derogat* conduce a la misma conclusión (Vid. Boggiano, *International Standard...*, ob. cit., p. 64).

Capítulo 11. Cuestiones que son objeto de la autonomía material

Este capítulo versa sobre ciertos asuntos que pueden ser “incorporados”⁶⁶⁴ al contrato por las partes mediante el ejercicio del principio de libertad contractual dentro de los límites más flexibles del Derecho Internacional Privado. Tal incorporación se realiza mediante cláusulas contractuales concretas que pueden hacer referencia, bien a disposiciones de Derecho material (*Rules of law* nacionales, extranjeras o supranacionales) o bien a la derogatoria de normas dispositivas propias de la *lex contractus*⁶⁶⁵; todo ello con la finalidad de conservar las legítimas expectativas de los contratantes. Las partes podrían incorporar a su contrato, por ejemplo, diversas disposiciones contenidas, por ejemplo, en los *PUCCI* (*i.e.* formación; validez; interpretación; etc.) o también en la *CULFI*. A todo evento, tanto la validez de dichas disposiciones como la de su de la incorporación son gobernadas por la *lex contractus* o por la *proper law* del contrato. Los siguientes epígrafes hacen referencia a los siguientes tipos de cláusulas contractuales que son de interés en la estructuración del leasing financiero mobiliario internacional: las denominadas “condiciones generales” del contrato; las cláusulas que afectan su ejecución; y las cláusulas contra la alteración del Derecho elegido.

I. Las condiciones generales de contratación

Con esta denominación se califica a “el conjunto de cláusulas, reguladoras de materia contractual, preformuladas, y establecidas por el estipulante sin negociación particular concebidas con carácter de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, determinando una pluralidad de relaciones, con independencia de su extensión y características formales de estructura o ubicación”⁶⁶⁶. Esta descripción corresponde con la definición contenida en el ordinal segundo del artículo 2.1.19 de los *PUCCI*: “Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”. Respecto del convenio de arrendamiento, las diversas cláusulas que conforman las condiciones generales de contratación (en adelante: CGC) entran a formar parte del contenido contractual mediante la firma del Usuario (parte adherente) o mediante su aceptación presunta. Es decir, si las CGC propuestas por la Arrendadora (la parte estipulante) son expresamente aceptadas por el Usuario, la formación del convenio de leasing culmina con la determinación de la validez de las condiciones de venta y la consecuente la aceptación de la oferta firme del Proveedor.

⁶⁶⁴ La acción de incorporar es utilizada aquí para establecer una distinción con la acción de elegir (*to choice*) utilizada específicamente en el conflicto de leyes: Elección de un Derecho (*Choice of Law*).

⁶⁶⁵ Drobnig, *The Unidroit Principles in the Conflict of Laws...*, ob. cit., p. 386.

⁶⁶⁶ Rezzónico, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Astra, 1987, p. 109.

De la no aceptación expresa de las CGC, surge la cuestión relativa al establecimiento de aquellos requerimientos necesarios para que aquellas “cláusulas no negociadas” puedan ser incorporadas en un contrato internacional⁶⁶⁷. Por lo tanto, la mera presencia de las CGC en el contrato hace que sean susceptibles de ser reguladas por el Derecho aplicable y al control judicial. Pudiera surgir así un especial problema relativo a la extensión y límites de la voluntad de las partes: pudiera ocurrir que la regulación emanada de la voluntad contractual sea inequitativa o, si se quiere, lesiva a los intereses del Usuario en beneficio de la Arrendadora. Lo que finalmente se persigue es evitar la validez de “cláusulas sorpresivas”; es decir, aquel tipo de “cláusula estándar” que, en términos del artículo 2.1.20 de los *CULFI* “no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”.

A. El control de las condiciones generales

Debido al conocimiento de que ciertas CGC que han generado problemas de licitud en los contratos de leasing financiero internacional, surge la necesidad de controlar su contenido, porque han sido dirigidas a liberar a la Arrendadora de todo tipo de responsabilidades durante la ejecución del contrato, determinando que sea el Usuario quien soporte los daños derivados del incumplimiento defectuoso o total de sus obligaciones. Antes de hacer una exposición crítica sobre algunas de ellas conviene presentar algunos recursos destinados a validar cualquier análisis que pueda conducir a controlar la validez de tales CGC. Tales recursos se basan en el respeto a los principios de conmutatividad y de la buena fe; o la aplicación del Derecho positivo. A tales recursos hacemos referencia a continuación.

B. Recurso al principio de la buena fe

Un primer recurso utilizado para controlar la aplicación de ciertas CGC se debe fundamentar en la “actuación con buena fe”⁶⁶⁸ de los contratantes en el marco de las diversas relaciones obligatorias⁶⁶⁹. Objetivamente, la Buena Fe aporta un límite a la eficacia de algunas

⁶⁶⁷ Boggiano, *International Standard...*, ob. cit., p. 22.

⁶⁶⁸ Interesantes consideraciones relativas al modelo de la buena fe tanto en los sistemas de *civil law* como en los sistemas de *common law* se encuentran en Adolfo Di Majo, Adolfo, *L'osservanza della buona fede nei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali*, en: M.J. Bonnell, M. di Franco Bonelli (ed.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 143-160.

⁶⁶⁹ Son aplicaciones del principio de la buena fe (entre otras): (a) el supuesto relativo a la posesión en la norma del artículo 788 del *CCJ*: “Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en fuerza de justo título...”; (b) la presunción contenida en el artículo 789 del *CCJ*: “La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, debe probarla”; (c) la hipótesis relativa a la ejecución de los

cláusulas que pudieran estar contenidas en un contrato por adhesión que pudieran hasta causar la anulación de otras, que pudieran suponer la existencia de derechos o la liberación de responsabilidades a favor de la empresa de leasing, por razones de incompatibilidad entre ellas⁶⁷⁰. En el ámbito de aplicación de los *PUCCI*, el principio de la buena fe objetiva asume un rol supranacional como parte integrante de la nueva *lex mercatoria*⁶⁷¹. El artículo 1.7 *eiusdem* reguladora de la “buena fe y lealtad negocial” (*good faith and fair dealing*)⁶⁷², impone a las partes contratantes un deber inderogable que influye no solamente en la manera en que se redactan los contratos, sino también en la manera en que las partes deben interpretarlos. Tal deber ejerce su influencia en la creación de prácticas entre las partes contratantes, facilitando la selección de lo mejor entre estos tipos de usos⁶⁷³.

Al respecto, el párrafo 1º del artículo 1.9 de los *PUCCI* dispone que “Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”. Por otra parte, en el Derecho norteamericano encontramos uno de los trasplantes realizados muy exitosamente en el ámbito del Derecho comparado. Se trata del principio de la buena fe en la Sección 205 del *Restatement (second) of Contracts (1981)*. En dicha Sección se proclama: “*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement*”⁶⁷⁴. Entendido objetivamente el principio de la buena fe tal como ha sido descrito, parece razonable recurrir a dicho concepto para controlar las CGC inicuas o abusivas.

contratos prevista en el artículo 1.160 del *CCV*: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan a cumplir no solamente lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.

⁶⁷⁰ El principio de la buena fe objetiva informa la recíproca lealtad de conducta (lealtad negocial o *fair dealing*) que debe acompañar al contrato en cada una de sus fases. Su observancia por parte de los contratantes (acreedor y deudor) significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su crédito ni el deudor puede rehusarse a dar menos, en el cumplimiento de su obligación, de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato (*Vid. Messineo, Doctrina General...*, ob. cit., Tomo II, p. 206).

⁶⁷¹ Juenger, Friedrich K., Listening to law professors talk about good faith: some afterthoughts, en: *Tulane Law Review*, 1995, Vol. 69, No. 5, pp. 1253-1257, esp. p. 1257. Resulta muy interesante la referencia al modelo de la buena fe en los Principios de Unidroit (*Vid. Di Majo, L'osservanza della Buona...*, ob. cit., pp. 153 ss.).

⁶⁷² Artículo 1.7 de los *PUCCI*: “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber”.

⁶⁷³ Kozolchyk, Boris, The Unidroit Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas, en: *Actas del Congreso Interamericano “Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común de los Contratos para las Américas?”*, celebrado en Valencia-Venezuela en noviembre de 1996, Roma, Publicación de Unidroit, 1998, pp. 93-117, esp. p. 111.

⁶⁷⁴ Juenger, Listening to law professors..., ob. cit., p. 1253-1254. En este escrito, el profesor Juenger al manifestarse defensor del principio de la buena fe comenta que el profesor Karl Llewellyn hizo un gran favor a Estados Unidos de América por haber “introducido” (*smuggled in*) tal concepto que habría encontrado en Alemania. Igualmente expresa el favor que les hizo el Profesor Allan Farnsworth por haber guardado como una reliquia el concepto de buena fe en el *Second Contracts Restatement (Ibidem)*, ob. cit., pp. 1256-1257).

C. Recurso al Derecho positivo

Esta es otra manera ampliamente admitida para controlar las CGC en los contrato por adhesión. En Alemania, la *Ley de 9 de diciembre de 1976 (AGB-Gesetz)*⁶⁷⁵ que controla jurídicamente el ámbito de las CGC establece en su parágrafo noveno: “Cláusula general. I. Las estipulaciones contenidas en condiciones generales de negocio son ineficaces cuando perjudican al adherente de forma no equitativa, habida cuenta de los preceptos de la buena fe objetiva. II. En la duda se presume la existencia de perjuicio, cuando la cláusula: 1 no es compatible con el principio inspirador de la regulación legal, del cual se aparta o; 2 limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad del mismo”⁶⁷⁶.

Sobre esta materia, un sector de la doctrina italiana ha señalado la necesidad de confrontar las disposiciones contenidas en las CGC con el tipo normativo al cual se reconduce el negocio celebrado, para determinar si tienen o no carácter lesivo; destacando que el recurso a la disciplina legal aplicable, que deriva de la naturaleza del negocio celebrado “servirá no tanto para integrar lagunas, sino sobre todo, para someter a control las cláusulas preimpresas. Es decir, queda librado al arbitrio del Juez satisfacer las exigencias de verificar el contenido de las CGC, quien examinará las cláusulas mismas a la luz del principio de la buena fe, teniendo así mismo presente, como criterio de valoración, el derecho positivo”⁶⁷⁷.

D. Recurso al principio de conmutatividad

Desde el mismo momento de la celebración de un contrato, las partes deben conocer sus mutuas obligaciones en beneficio de su justo cumplimiento. En los contratos por adhesión pudieran establecerse algunas cláusulas generales “no estándar” que pudieran implicar una desproporción lesiva para el adherente en violación al principio general de conmutatividad que impone la justicia distributiva en el tráfico jurídico. Surge la necesidad de controlar tales cláusulas recurriendo a dicho principio⁶⁷⁸. En los sistemas jurídicos angloamericanos, cuando un contrato parece ser tan desproporcionado que su cumplimiento violaría la conciencia del Tribunal competente, tal contrato podrá descartarse en base a la doctrina de la “inconsciencia” (*unconscionably*) del *common law*⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ *Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB - Gesetz)* de 9 de diciembre de 1976. Su proyecto fue aprobado por el *Bundestag* en 11 de noviembre de 1976. Entró en vigor en 1 de marzo de 1977 (Vid. F. De Castro y Bravo, *El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria...*, ob. cit., pp. 683-684. También, Boggiano, *International Standard...*, ob. cit., p. 43).

⁶⁷⁶ Cabanillas Sánchez, *Naturaleza del leasing...*, ob. cit., p. 82.

⁶⁷⁷ Buonocore, *La Locación Financiera...*, ob. cit., pp. 110.

⁶⁷⁸ Cabanillas Sánchez, *Naturaleza del leasing...*, ob. cit., p. 84.

⁶⁷⁹ Cooter, R. & Ullen, T., *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 359.

En la tradición del *civil law* existe el concepto de “lesión”⁶⁸⁰, similar al de “inconsciencia”, que se refiere a un contrato demasiado desigual o injustificadamente desproporcionado como para hacerlo valer. Los tribunales angloamericanos suelen distinguir entre “inconsciencia sustantiva” (*substantive unconscionous*) e “inconsciencia procesal” (*procedural unconscionous*)⁶⁸¹. La primera tiene relación con cláusulas que son irracionalmente favorables a una de las partes contratantes. Por ejemplo, La jurisprudencia norteamericana ha sostenido, ante un caso de precio excesivo que “*excessive price is one type of substantive unconscionous*”⁶⁸². En cambio, la inconsciencia procesal se refiere a las circunstancias y los procedimientos presentes en la formación de la negociación que violan las normas de justicia generalmente aceptadas⁶⁸³. En Norteamérica las cortes han adoptado el criterio de “superioridad del poder de negociación” (*superiority of bargaining power*) generalmente aceptado en contratos celebrados con consumidores. Pero han rechazado la aplicación de este argumento en las transacciones comerciales. Dicho

⁶⁸⁰ La lesión es la pérdida patrimonial que uno de los contratantes sufre por causa del desequilibrio o defecto de equivalencia entre la prestación que cumple y la que recibe. En Italia, la norma del artículo 1448 del *CCIT* consagra ampliamente la acción general de rescisión del contrato por lesión al disponer que “Si hubiese desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato. La acción no será admisible si la lesión no excediese la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada tenía en el momento del contrato. La lesión debe perdurar hasta el momento en que se proponga la demanda. No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios. Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la división”. Son distintos entre sí los presupuestos de la rescisión por lesión (artículo 1448 del *CCIT*) y los de la resolución por excesiva onerosidad (artículo 1467 del *CCIT*). La primera, implica un desequilibrio inicial entre las prestaciones. La segunda, un desequilibrio sobreviniente (F. Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo II, pp. 399, 400 y 497). En Venezuela, la excepcionalidad de la lesión está consagrada en la norma del artículo 1.350 *CCV*, al disponer que “La rescisión por causa de lesión no puede intentarse aun cuando se trate de menores, sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la Ley”. La usura, uno de los muy pocos supuestos de lesión contemplados en el Código Civil (artículo 1.746 *CCV*) ha sido desarrollado por la legislación interna especial venezolana a través del *Decreto No. 247 de 9 de abril de 1946*. (Vid. Melich-Orsini, *Doctrina General...*, ob. cit., pp. 165-166). El delito de usura está tipificado en la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004*, al disponer que “Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte realiza, será sancionado con prisión de uno a tres años, y serán sancionados con multa de cien unidades tributarias (100 UT) a tres mil unidades tributarias (3000 UT). En la misma pena incurrirá quien en operaciones de crédito o financiamiento obtenga a título de intereses, comisiones, o recargos de servicio una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas o permitidas por el Banco Central de Venezuela” (artículo 126 de la *LPCU*).

⁶⁸¹ Tanto el *Uniform Commercial Code* como el *Restatement (Second) of Contracts* han tratado de definir la inconsciencia (*unconscionably*), pero ninguno es preciso. La *sección 2-303 comentario 1 (1977) del UCC* dice: “La prueba básica de la [inconsciencia] es que[...] las cláusulas [del contrato] sean tan exageradas que resultan inconscientes en las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato[...]. El principio es uno de prevención de la opresión y la sorpresa injusta(...)”. Por su parte, la *Sección 208 del Restatement* dice: “c. El desequilibrio global. La inadecuación de la consideración no invalida por sí sola una negociación, pero la exagerada disparidad de los valores intercambiados puede ser un factor importante para determinar que un contrato es inconsciente (...). Tal disparidad puede corroborar también las indicaciones de defectos en el proceso de negociación (...) la exagerada desigualdad del poder de negociación, aunada a términos demasiado favorables para la parte más fuerte, puede confirmar los indicios de que la transacción ha incluido elementos de engaño o compulsión, o puede demostrar que la parte más débil no tuvo una verdadera posibilidad de elegir, ninguna alternativa real, de modo que en efecto no asintió o pareció aceptar los términos injustos” (Vid. Cooter & Ullen, *Derecho y Economía...*, ob. cit., pp. 359-360).

⁶⁸² Boggiano, *International Standard...*, ob. cit., p. 42.

⁶⁸³ Cooter & Ullen, *Derecho y Economía...*, ob. cit., p. 362.

criterio constituye un elemento relevante de inconsciencia procesal que juega un rol importante en las decisiones sobre injusticia de condiciones generales incorporadas en los contratos con consumidores⁶⁸⁴.

II. Cuestiones de licitud en algunas condiciones generales de contratación

Visto lo relativo a la disponibilidad de algunos recursos para controlar las CGC, pasamos a considerar algunas posturas doctrinales y sentencias judiciales extranjeras que versan sobre problemas de licitud originados por la aplicación de cláusulas generales contenidas en formularios redactados por empresas de leasing extranjeras.⁶⁸⁵

A. La cláusula que “exonera de responsabilidad a la Arrendadora cuando el Usuario no dispone de los bienes en la fecha y lugar convenidos”⁶⁸⁶

Un sector de la doctrina belga justifica plenamente dicha irresponsabilidad porque la Arrendadora conviene en limitar el ejercicio de sus derechos como propietaria del bien de equipo (propiedad jurídica) en contrapartida a la exoneración de todo tipo de obligaciones relacionadas con los bienes dados en propiedad económica⁶⁸⁷. Agrega que, desde el punto de vista económico, el interés esencial de la Arrendadora es financiar una inversión en la actividad productiva del Usuario basada en el rendimiento mismo que el bien le procura⁶⁸⁸.

Un sector de la doctrina alemana⁶⁸⁹ ha justificado la validez de dicha exoneración argumentando que la Arrendadora adquiere el bien de equipo atendiendo la solicitud de leasing acompañada con las correspondientes especificaciones del bien de equipo procedentes del Usuario. En contra de esta postura se pronunció la *Sentencia del Obelandesgericht de Bamberg* de fecha 14 de enero de 1972⁶⁹⁰ que se manifiesta contraria a la validez de las cláusulas que impongan cargas y riesgos al Usuario, exonerando de toda responsabilidad a la Arrendadora, porque no se acomodan a las exigencias de las buenas costumbres (parágrafo 138 del *BGB*) y por ser indiscriminadamente lesivas al Usuario⁶⁹¹. Al punto, después de su publicación (9 de diciembre de 1976) la *Ley sobre Condiciones Generales del Contrato* alemana (*AGB-Gesetz*)

⁶⁸⁴ Boggiano, *International Standard*..., ob. cit., p. 42.

⁶⁸⁵ Escudriñando, hemos hallado sendos comentarios relativos a las CGC del leasing financiero; *vid.* Navarro Chinchilla, Justo, *El contrato de arrendamiento financiero mobiliario*, en: U. Nieto Carol (dir), *Contratos bancarios y parabancarios*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998, pp. 1137 ss.

⁶⁸⁶ Martín Oviedo, José M., *El “leasing” ante el Derecho español*, Madrid, Edit. de Derecho Financiero, 1972, pp. 157, 166 y 175.

⁶⁸⁷ Giovanoli, *Le Crédit-Bail (leasing)*..., ob. cit., pp. 398-400.

⁶⁸⁸ Giovanoli, *Le Crédit-Bail (leasing)*..., ob. cit., p. 398.

⁶⁸⁹ Flume, Werner, *Das Rechtsverhältnis des Leasings in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, Dusseldorf, 1972, pp. 30 ss. (citado por Cabanillas Sánchez, *La naturaleza*..., ob. cit., p. 88).

⁶⁹⁰ *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, pp. 1993-1995 (citado por Cabanillas Sánchez, *La naturaleza del leasing*..., ob. cit., p. 88).

⁶⁹¹ Cabanillas Sánchez, *La naturaleza del leasing*..., ob. cit., p. 88.

se consideró aplicable el parágrafo 11.8 al leasing financiero. Según esta norma, es ineficaz la cláusula que excluya o limite el derecho del adherente a exigir indemnización de daños o a resolver el contrato, en los casos de mora e imposibilidad de la prestación imputable al predisponente⁶⁹².

Un sector de la doctrina francesa⁶⁹³ justifica que la Arrendadora sea exonerada de toda responsabilidad por demoras en la entrega del bien; especialmente cuando se ha convenido de modo expreso que, en caso de retraso por culpa del Proveedor derivada de la fabricación del bien o su transporte, el Usuario no podrá ejercer ningún recurso contra la Arrendadora; porque ésta nunca ha tenido el bien en sus manos dado que la entrega del bien es una obligación que corresponde al Proveedor. Aunque éste haya firmado al pie del convenio de leasing, como es frecuente, no se convierte en mandatario de la Arrendadora quien asume los riesgos financieros, mientras que el Usuario asume los riesgos industriales. Por lo tanto, es natural que las tres partes arreglen convencionalmente todo lo concerniente a la entrega del bien dentro del espíritu de colaboración que debe primar entre una Arrendadora con vocación financiera y un Usuario con vocación económicamente productiva.

Según Sentencia dictada por el Tribunal de Comercio de Vervins en fecha 18 de abril de 1967 (*Gazette du Palais* de 17 de junio de 1967; p. 3 y la nota), el Usuario actuó personalmente en su interés con el propósito de solventar los riesgos de la entrega que aceptó asumir; enfrentando así a Proveedor y Usuario en una relación que excluye a la Arrendadora de toda responsabilidad en materia de entrega como garantía del material puesto a disposición del Usuario⁶⁹⁴. Respecto de la Cláusula de Exoneración que comentamos, la Corte de apelación de París, en fecha 8 de enero de 1973, dictó una Sentencia mediante la cual se admite la resolución del contrato de leasing financiero por falta de entrega de los bienes al Usuario (*vid. Juris Classeur Periodique, 1973 II, 17503*)⁶⁹⁵.

Un sector de la doctrina española⁶⁹⁶ considera lícita la exoneración de responsabilidad de la Arrendadora en todo lo concerniente a la obligación de entregar los bienes al Usuario; argumentado que la correspondiente cláusula pactada expresamente entre las partes está admitida en base al principio de la libertad de pactos consagrado en el artículo 1255 del *CCE* que dispone: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. La renuncia a la acción del Usuario contra la Arrendadora tiene su fundamento en la disposición contenida en el artículo 6(2) *eiusdem* al disponer que “la renuncia a los derechos” sólo será

⁶⁹² *Ibidem*, p.88.

⁶⁹³ Coillot, *El Leasing...*, ob. cit., pp. 155-157.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 156.

⁶⁹⁵ Cabanillas Sánchez, *La naturaleza del leasing...*, ob. cit., p. 89.

⁶⁹⁶ Martín Oviedo, *El “leasing” ante el Derecho...*, ob. cit., p.52.

válida cuando “no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”. Esta postura parece ser sostenida también por otros sectores doctrinarios⁶⁹⁷ agregando que el Usuario no puede pretender la disminución alguna del precio, ni solicitar aplazamientos en los pagos por la no utilización transitoria del bien debido a la causa que sea.

Esto se justifica por la subrogación asumida por el Usuario frente al Proveedor, respecto de la posición de la Arrendadora como compradora del bien financiado, porque ella llega a ser su propietaria a “petición” y en interés del Usuario, lo que permite afirmar la exoneración de responsabilidad de la Arrendadora por las causas señaladas en la cláusula que se comenta. Pero existe una postura doctrinaria diametralmente opuesta⁶⁹⁸ que niega validez a la cláusula que exonera a la Arrendadora si el Proveedor no entregara el bien a ser financiado en la fecha y condiciones convenidas por dolo o culpa grave de la Arrendadora. Esta postura ha sostenido que el orden público y las buenas costumbres exigen que la responsabilidad derivada de la culpa grave está sustraída a la libertad contractual de los particulares, en virtud del artículo 1255 del CCE. Con mayor razón respecto de los contratos por adhesión, en los que resulta contrario al orden público una cláusula de responsabilidad generalizada en los contratos que no tengan fundamento justo.

Finalmente, respecto de los contratos de leasing financiero internacional, el parágrafo 1º(a) del artículo 12 de la CULFI establece que el Usuario (*the lessee*) podrá ejercer, respecto de la Arrendadora (*the lessor*), el derecho a rechazar el bien de equipo o terminar el convenio de arrendamiento (*the leasing agreement*) como consecuencia del incumplimiento de las condiciones del convenio de suministro y no haber disposición del bien de equipo en la fecha y lugar convenidos, tal como si el Usuario hubiera acordado adquirirlo de la Arrendadora, en los mismos términos contenidos en el convenio de arrendamiento. En otras palabras, la CULFI no exonera de responsabilidad a la Arrendadora cuando el Usuario no dispone de los bienes en la fecha y lugar convenidos.

B. La cláusula que “exonera de responsabilidad a la Arrendadora si los bienes presentan vicios que los desvaloran o los hacen inservibles, o si el Usuario es víctima de evicción”⁶⁹⁹

Un sector de la doctrina belga afirma que esta cláusula es fácilmente justificable⁷⁰⁰. Los argumentos son los siguientes: en primer lugar, apegado a su rol estrictamente financiero, la Arrendadora declina toda responsabilidad “(...) *et renvoie dos á dos le preneur et le*

⁶⁹⁷ Vidal Blanco, *El Leasing, una Innovación...*, ob. cit., pp. 98-99.

⁶⁹⁸ Sageras Ribas, Marcos y Martorell, José María, Hacia un mayor conocimiento del contrato de leasing, en: *Revista Jurídica de Cataluña*, 1972, pp. 561-570, esp. p. 564.

⁶⁹⁹ Martín Oviedo, *El “leasing” ante el Derecho...*, ob. cit., pp. 166, 175, 183, y 184.

⁷⁰⁰ Giovanoli, *Le Crédit-Bail (leasing)...*, ob. cit., pp. 405, 409 y 410.

*fournisseur*⁷⁰¹. En segundo lugar, la Arrendadora se limita únicamente a la adquisición de la propiedad del bien especificado por el Usuario y a la conservación de su titularidad hasta el final de la operación. Es decir, el Usuario invita a la Arrendadora, a que adquiera el bien en propiedad jurídica, actuando por cuenta y riesgo del Usuario, en base a la oferta que éste recibiera del Proveedor, preparada según las especificaciones que le enviara aquel⁷⁰². Tal adquisición es acompañada por una *aliénation* que tiene por finalidad la garantía real sobre el bien financiado por la Arrendadora, que ha de ser cedido al Usuario en calidad de propiedad económica. En virtud de tal cesión, éste puede actuar directamente contra el Proveedor por vicios o defectos en el bien tal como si lo hubiera adquirido directamente por su cuenta; pero no podría ejercer la correspondiente acción redhibitoria sino con la autorización de la Arrendadora. Con este constructo se pretende salvaguardar la vigencia del convenio de leasing y justificar, en todo caso, el Derecho de la Arrendadora a exigir del Usuario el pago de la totalidad de las cuotas, aunque el bien de equipo sea inservible⁷⁰³.

Un sector de la doctrina alemana⁷⁰⁴ justifica la validez de la cláusula *in comento* basando sus argumentos sobre la función estrictamente financiera de la Arrendadora. Es por ello razonable que ésta sea exonerada de toda responsabilidad en lo relativo a las cualidades físicas de los bienes dados en leasing⁷⁰⁵. Algunas sentencias judiciales alemanas se han pronunciado en favor de la cláusula que exonera de responsabilidad a la Arrendadora en virtud de del financiamiento garantizado⁷⁰⁶. Otras Sentencias han negado la validez de dicha cláusula⁷⁰⁷. Con posterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz*, la Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 23 de febrero de 1977 (*vid. Neue Juristische Wochenschrift*, 1977; pp. 847-848)⁷⁰⁸ destaca que la exclusión convencional de la obligación de garantía sólo puede tener lugar válidamente si los derechos de garantía que pertenecen a la Arrendadora son cedidos al Usuario; quien debe estar

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 405.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 409.

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 410.

⁷⁰⁴ Flume, *Das Rechtsverhältnis...*, ob. cit., pp. 30 ss.

⁷⁰⁵ Cabanillas Sánchez, *La naturaleza del leasing...*, ob. cit., p. 93.

⁷⁰⁶ El *Landgericht de Koblenz*, en la Sentencia de 6 de febrero de 1973, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, pp. 706-709, ha justificado la cláusula de exoneración de garantía de la empresa de leasing. En igual sentido, el *Oberlandesgericht de Nürnberg*, en la Sentencia de 15 de octubre de 1976, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pp. 152-153) afirmó que este contrato, por la peculiar configuración de la prestación de garantía, no está en contra de las buenas costumbres (*Vid.* Cabanillas Sánchez, *La naturaleza...*, ob. cit., p. 94).

⁷⁰⁷ En contra de la licitud de la cláusula que se comenta, la Sentencia del *Oberlandesgericht* de 14 de enero de 1972, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972; pp. 1993-1995), afirma que cláusulas como ésta son gravemente lesivas para el usuario, estando en contradicción con las buenas costumbres, en virtud del párrafo 138 del BGB (*Vid.* Cabanillas Sánchez, *La naturaleza...*, ob. cit., p. 94).

⁷⁰⁸ Cabanillas Sánchez, *La naturaleza...*, ob. cit., p. 95.

legitimado para poder resolver el contrato celebrado entre aquella y el Proveedor del bien. Algunos autores se han adherido al dictamen de esta Sentencia⁷⁰⁹.

Un sector de la doctrina francesa se ha mostrado favorable a la admisión de la cláusula *in comento*, sosteniendo que la Arrendadora “entiende no asumir ninguna responsabilidad ni ninguna obligación” respecto de la garantía sobre el bien de equipo, la cual se ejerce en lo concerniente a las características anunciadas por el proveedor y la aparición de vicios ocultos⁷¹⁰; agregando que el contacto directo entre Proveedor y Usuario, en referencia a la ejecución de la obligación de entregar el bien, conlleva la gestión directa del Usuario de la garantía dada por el Proveedor. Además, en relación con la garantía de vicios ocultos, también se ha sostenido que esta garantía se define en el artículo 1.721 del *CCF* que ordena garantizar al tomador (el Usuario) respecto de todos los vicios o defectos de la cosa dada en arriendo que impidan su uso. Luego, por ser nuevo el bien dado en leasing y no habiendo estado nunca en posesión de la Arrendadora, el Usuario no podrá hacer valer eficazmente la garantía de vicios ocultos contra ella. En tal caso, el Usuario “se encuentra frente al Proveedor en la misma situación que si hubiera comprado el material directamente”⁷¹¹.

En relación con la garantía de evicción, la doctrina francesa ha sostenido que la Arrendadora no está obligada a garantizar las perturbaciones de hecho. Sin embargo, ella no puede protegerse de las consecuencias derivadas de sus propios errores⁷¹². A todo evento, algunas sentencias judiciales francesas se han mostrado favorables a la exoneración de responsabilidades de la Arrendadora en el ámbito del uso, goce y disfrute del bien dado en leasing⁷¹³. La licitud de esta cláusula de exoneración ha sido admitida en situaciones de perturbación provenientes de terceros; por lo que permitirá a la Arrendadora escapar de todo recurso, salvo por culpa personal.

La mayor parte de la doctrina italiana acepta la validez de esta cláusula de exoneración de responsabilidades de la Arrendadora; siempre que haya obrado sin dolo ni negligencia grave⁷¹⁴. Admitiendo como premisas la inaplicabilidad objetiva de las normas relativas a la compraventa, por una parte; y por la otra, la aplicación extensiva al leasing de gran parte del

⁷⁰⁹ En este sentido, Hiddeman: *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Leasingvertrag*, Frankfurt, 1978; pp. 839 - 840. También, Kayser: *Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Finanzierung Leasing*, Teilz W 5/1978, pp. 31-32 (Vid. Cabanillas Sánchez, La naturaleza..., ob. cit., p. 95).

⁷¹⁰ Coillot, *El Leasing...*, ob. cit., p. 157.

⁷¹¹ *Ibidem*, p. 158.

⁷¹² *Ibidem*, pp. 160-161.

⁷¹³ Cabe citar, entre otras, las Sentencias de la Corte de Casación de 30 de octubre de 1973 (*Recueil Dalloz Sirey*; Somm 6, 1974); de 07 de mayo de 1974 (*Recueil Dalloz Sirey*; Somm 13, 1974); 01 de julio de 1975 (*Bulletin Civil de la Cour de Cassation*, IV; p. 155); 13 de junio de 1977 (*Bulletin Civil de la Cour de Cassation*; IV; p. 141). (Vid. Cabanillas Sánchez, La naturaleza..., ob. cit., p. 96).

⁷¹⁴ Buonocore, La locación financiera..., ob. cit., pp. 110-112.

régimen sobre arrendamiento de cosas contenido en el *Código Civil Italiano*; se puede concluir que la exención de toda responsabilidad por vicios aparentes y ocultos está justificada por el tenor de los artículos 1.579 (*limitazioni convenzionali della responsabilita*) y 1.580 (*cosa pericolosa per la salute*) del *CCIT*⁷¹⁵. Por consiguiente, las partes tienen una amplia facultad para excluir o limitar la responsabilidad de la Arrendadora por vicios de la cosa arrendada; salvo la excepción de nulidad del pacto de *dolo non prestando* regulada en el artículo 1.229 *eiusdem*.

En España, las cláusulas de “exoneración por pacto expreso entre las partes” es admitida generalmente en virtud del principio de libertad de pactos, consagrado en el artículo 1255 del *CCE*⁷¹⁶. Dado que el Usuario conoce el bien de equipo mejor que la Arrendadora porque lo ha utilizado durante el desenvolvimiento de la operación de arrendamiento financiero, carece de sentido la aparición de un vicio oculto no manifestado durante la ejecución del contrato. El transcurso de ese mismo tiempo hace también, prácticamente inexistente, el peligro de evicción. Por otra parte, con la negativa al Usuario de ejercer la acción resolutoria de la compraventa por la Arrendadora, lo que se quiere es llevar, hasta sus últimas consecuencias, que la pérdida o la imposibilidad de usar el equipo no influya, en modo alguno, sobre la obligación del Usuario de pagar las cuotas convenidas⁷¹⁷. Es decir, mantener dicha obligación sean cualesquiera las circunstancias que, negativamente, concurran en el uso del bien, que es la finalidad económica de la operación de leasing.

Por otra parte, la aplicación del artículo 1485 del *CCE* justifica que la Arrendadora no responda por los vicios ocultos del bien cedido en leasing, si así lo hubiese estipulado el Usuario⁷¹⁸. Pero dicha disposición no regirá, en virtud de la segunda parte de dicho artículo, cuando se haya estipulado lo contrario, y el Proveedor ignorara los vicios o defectos ocultos del bien suministrado. Por disposición del artículo 1475 del *CCE* el Supridor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el convenio de suministro. Pero la Arrendadora y el Usuario pueden suprimir convencionalmente la obligación de saneamiento por evicción. Sin embargo, el artículo 1476 *eiusdem* precisa que tal pacto no es lícito si la Arrendadora hubiese actuado de mala fe; por lo que ha de evitarse cualquier enriquecimiento injustificado, a pesar de la dudosa licitud de la cláusula que le faculte a exigir la totalidad o la mayor parte de las cuotas pendientes, aun existiendo la evicción. En los sistemas del *common law*, se excluye la eficacia del pacto de renuncia a las acciones de saneamiento cuando el Proveedor conoce o debiera conocer la existencia de vicios en la cosa y guardare silencio.

⁷¹⁵ Tabet, Andrea, La Locazione di beni strumentali, en: *Banca, Borsa e Titolo de Crèditi*, 1973, II, pp. 287-297.

⁷¹⁶ Martín Oviedo, *El “leasing” ante el Derecho...*, ob. cit., pp. 52 y 221.

⁷¹⁷ De la Cuesta Rute, *Reflexiones en tomo al leasing...*, ob. cit., p. 577.

⁷¹⁸ Cabanillas Sánchez, *La naturaleza del leasing...*, ob. cit., pp. 98-100.

En el ámbito de aplicación del Derecho uniforme, el parágrafo 1º(a) del artículo 8 de la *CULFI*⁷¹⁹ limita la responsabilidad de la Arrendadora en relación con el bien dado en leasing al disponer que, a menos haya alguna disposición en contrario en dicha Convención o en el convenio de leasing, la Arrendadora es exonerada de toda responsabilidad frente al Usuario; salvo en la medida en que éste haya sufrido algún perjuicio derivado de la confianza puesta en la destreza y buen juicio de la Arrendadora y de su eventual intervención en la selección del Proveedor, o su intervención en la preparación de las especificaciones del bien. En caso de evicción, el parágrafo 2º del artículo 8 *eiusdem*⁷²⁰ dispone que la Arrendadora garantiza al Usuario la posesión pacífica del bien que no será perturbada por cualquier tercero que invoque un derecho o titularidad mayores titularidad, o que actúe por autorización judicial; siempre que tal derecho, titularidad o demanda judicial no derive de la actuación u omisión del Usuario.

C. La cláusula según la cual “el usuario soporta el riesgo del deterioro o del perecimiento fortuito de los bienes”⁷²¹

Ha señalado un sector de la doctrina belga⁷²² que sea el Usuario quien asuma los riesgos y las cargas del bien dado en leasing, porque ser él quien lo usa en propiedad económica. Con esta cláusula se busca afianzar el valor de la garantía mobiliaria que corresponde a la Arrendadora; bajo reserva, evidentemente, de la depreciación derivada del desgaste causado por el uso normal del y el transcurso del tiempo. Esto explica el por qué “*les clauses portant dévolution au preneur des risques et des charges du bien financé*” son características en el *crédit-bail*; cuya inexistencia sería insólita o incomprensible en la lógica de un arrendamiento financiero. Por tal razón, la doctrina alemana ha aceptado la cláusula que se comenta justificándola⁷²³, porque se está ante una operación de arrendamiento financiero de bienes económicamente productivos; lo que determina que el riesgo de su pérdida o deterioro deriva fundamentalmente del uso que de ellos se haga. La conexión entre “uso” y “riesgo” determina que éste deba ser soportado por el Usuario en virtud de un auténtico *sachinteresse*. Esta postura es avalada por comentarios relacionados con sendas sentencias pronunciadas por las *Landgerichte* de Aushurg (10 de noviembre de 1972) y de Koblenz (6 de febrero de 1973)⁷²⁴, apuntando que la

⁷¹⁹ Artículo 8(1.a) de la *CULFI*: “*Except as otherwise provided by this Convention or stated in the leasing agreement, the lessor shall not incur any liability to the lessee in respect of the equipment save to the extent that the lessee has suffered loss as the result of its reliance on the lessor's skill and judgment and of the lessor's intervention in the selection of the supplier or the specifications of the equipment*”.

⁷²⁰ Artículo 8(2) de la *CULFI*: “*The lessor warrants that the lessee's quiet possession will not be disturbed by a person who has a superior title or right, or who claims a superior title or right and acts under the authority of a court, where such title, right or claim is not derived from an act or omission of the lessee*”.

⁷²¹ Martín Oviedo, *El “leasing” ante el Derecho...*, ob. cit., pp. 167 y 196.

⁷²² Giovanoli, *Le Crédit-Bail (leasing)...*, ob. cit., pp. 400-401.

⁷²³ Flume, *Das Rechtsverhältnis...*, ob. cit., pp. 56-58.

⁷²⁴ Reich, Norbert, *Anmerkung zu LG Koblenz 6.2.1973 und LG Augsburg 10.11.72*, NJW, 1973, p. 1617.

solución correcta a este problema debe situarse en el marco de la relación trilateral existente en el leasing financiero. Al respecto, si los bienes perecen o se deterioran antes que el Usuario acepte los riesgos, éstos no deben ser aceptados por él. Después de la aceptación, los riesgos recaen sobre el Usuario, puesto que lo ha aceptado.

Un sector de la doctrina francesa ha sostenido que el Usuario es responsable frente a la Arrendadora por los deterioros que sufra el bien cualquiera sea la causa; porque él es su guardián⁷²⁵. Frente a esta excepcional postura se ha puesto en duda la validez de la cláusula que comentamos, porque implícitamente protege al Usuario teniendo en cuenta que los bienes están asegurados. Pero si el Usuario no ha asegurado los bienes financiados, el contrato se entiende resuelto de pleno derecho por aplicación convergente de las normas contenidas en los artículos 1722 y 1741 del *CCF* que regulan, respectivamente, “la rescisión de pleno derecho del arrendamiento en caso de destrucción fortuita de la cosa” y “ la rescisión del contrato de arrendamiento por la pérdida de la cosa arrendada y por incumplimiento de las respectivas obligaciones del arrendador y del arrendatario”⁷²⁶. A todo evento, el Usuario es responsable si existe violación del convenio de leasing en lo concerniente a la obligación de aseguramiento del bien, Por lo contrario, si el Usuario ha asegurado el equipo contra todo tipo de riesgos, se encuentra desligado frente a la Arrendadora; porque la empresa aseguradora le sustituye en el pago de las indemnizaciones debidas.

Un sector de la doctrina italiana⁷²⁷ ha sostenido que la asunción de riesgos por el Usuario se justifica porque él es quien utiliza el bien dado en leasing; otorgando, por lo tanto, validez jurídica a la cláusula que se comenta aquí. También ha sido señalado por otro autor⁷²⁸ que si el bien perece o se deteriora, desaparece la obligación del Usuario de pagar las cuotas no vencidas a la Arrendadora; porque siendo el leasing es un contrato de financiación, los bienes no sustituyen al dinero. Por lo tanto, no puede producirse imposibilidad sobrevenida en la restitución. Respecto de la cláusula en cuestión, ha sido señalado su contraste con el régimen italiano del arrendamiento⁷²⁹; lo que no desnaturaliza el núcleo arrendaticio de la función financiera de la operación. Sin embargo, un respetable sector de la doctrina italiana⁷³⁰ se ha pronunciado en contra de la licitud de dicha cláusula al considerar discutible la posibilidad de que sea el Usuario quien deba soportar los riesgos que graviten sobre el equipo.

⁷²⁵ Parleani, G., Le contrat de lease-back, en: *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1973, pp. 699-739, esp. p. 711.

⁷²⁶ El Mokhtar, Bey, *De la symbiotique dans le leasing et crédit-bail mobiliers*, Paris, Dalloz, 1970, pp. 190-191.

⁷²⁷ Tabet, La Locazione..., ob.cit., p. 93,

⁷²⁸ Claritzia, Renato, Alcune Considerazione sul contratto di Locazione Finanziaria, en: *Banca, Borsa e Titolo de Crèditi*, 1976, II, p. 472.

⁷²⁹ Calandra Buonauro, Vincenzo, Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria, en: *Rivista di Diritto Civile*, 1978, pp. 181-219, esp. pp. 211 y 212.

⁷³⁰ Buonocore, La locación financiera..., ob. cit., pp. 112-113.

Numerosos autores españoles han justificado la cláusula *in comento*, al señalar que todas las cláusulas que exoneran la responsabilidad de la Arrendadora descansan sobre los riesgos que pueda experimentar el bien de equipo derivados del deterioro o del perecimiento fortuito⁷³¹. Esta cláusula está vinculada con la solicitud que dirige “el interesado” a la Arrendadora. Luego, es lícitamente aceptable que sea el Usuario quien soporte los riesgos y responsabilidades que graviten sobre el bien financiado, porque ha sido él mismo el preparador de las especificaciones del equipo que ha sido adquirido en propiedad jurídica, a petición suya, por la Arrendadora a efectos de que ella lo cediera al Usuario en calidad de propiedad económica. Algunos autores españoles⁷³² han opinado que la validez de esta cláusula se justifica en la suscripción de una póliza de seguro por el Usuario a favor de la Arrendadora. Dicha póliza debe considerar la reposición del equipo financiado a efectos de mantener la obligación de pago de un arrendamiento que no tuviese contrapartida del bien dado en leasing. Esta circunstancia, prevista en las CGC del leasing financiero⁷³³, evidencia que lo recibido por la Arrendadora, como beneficiaria en la póliza de seguro, ha de ser destinada obligatoriamente a la reposición del bien que ha sufrido el siniestro. Estructurado el negocio de esta manera, resulta indudable no poder reclamarle al Usuario que pague las cuotas correspondientes al lapso que transcurra durante la reparación del bien siniestrado.

D. La cláusula según la cual “la falta de pago puntual de alguna cuota justifica la resolución del contrato de leasing financiero, la devolución de los bienes y el pago inmediato de una parte importante de las cuotas vencidas”⁷³⁴

En relación al supuesto de esta Cláusula, un sector de la doctrina belga no opone dificultad alguna a su válida implementación⁷³⁵. Una posible dificultad pudiera surgir respecto de “el pago inmediato de una parte importante de las cuotas no vencidas”; que pudiera configurar la aplicación de una cláusula penal. Asimilando el leasing financiero a una especie de garantía real, surge como corolario que las cláusulas penales de las que este contrato es provisto regularmente, deben ser examinadas bajo un nuevo aspecto: la prohibición del pacto comisorio. Es sabido que la mayoría de las legislaciones establecen la nulidad de toda cláusula que autorice al acreedor apropiarse del objeto vinculado en garantía por falta de pago (*lex commisoria*)⁷³⁶.

⁷³¹ Sagrera y Martorell, Hacia un mayor conocimiento..., ob. cit., pp. 564-568.

⁷³² Vidal Blanco, *El leasing, una innovación...*, ob. cit., p. 119.

⁷³³ Martín Oviedo, *El “leasing” ante el Derecho...*, ob. cit., pp. 155 ss.

⁷³⁴ *Ibidem*, pp. 160, 171, 190 y 197.

⁷³⁵ Giovanoli, *Le Crédit-Bail (leasing)*..., ob. cit., pp. 396-398.

⁷³⁶ En este sentido: artículos 93, 2078 y 2088 CCF; artículos 1149 y 1229 del BGB; artículo 2744 del CCIT; artículo 1859 del CCE; artículo 1.844 del CCI y artículo 542 del COCOV en materia de prenda.

Luego, a menos que se quiera negar la función de garantía real del leasing financiero, la aproximación entre esta Cláusula y el pacto comisorio es indudable⁷³⁷.

En Alemania, con anterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz* un importante sector de la doctrina justificó la validez de la Cláusula, sosteniendo que de esa manera se asegura el pago regular de las cuotas⁷³⁸. Con posterioridad a la publicación de la *AGB-Gesetz* la validez de la Cláusula fue cuestionada, afirmándose su nulidad por aplicación de los parágrafos 9 (*Generalklausel*) y 11 (*Klauselverbote ohne Wirkungsmöglichkeit*) cuando el Usuario no es comerciante. Es decir, en los supuestos del parágrafo 24 de la *ley-CNG* utilizada frente a un comerciante con referencia a la explotación de su actividad comercial⁷³⁹.

Para un sector de la doctrina francesa, la mayor dificultad reside en la condena del deudor (el Usuario) a una *indemnité contractuelle de résiliation* que pone en juego la noción de cláusula penal⁷⁴⁰. La indemnización indicada a título de cláusula penal y la restitución del bien constituyen un hecho indivisible en base a la certeza de igualdad absoluta entre las partes en todo contrato. Es decir, “la apreciación de la justicia contractual es cosa infinitamente delicada, porque si el juez se muestra como censor riguroso, quebrantaría la seguridad de las relaciones contractuales”. El contrato que obligue recíprocamente a las partes no tiene en sí mismo un carácter leonino⁷⁴¹, es indudable que las sanciones estipuladas en caso de rescisión (*résiliation*) son rigurosas; son ley entre las partes libremente previstas y consentidas. Por lo tanto, no existe desproporción flagrante entre las obligaciones de la Arrendadora y el Usuario en *l'exécution normale de la convention*.

Posteriormente, el mismo sector doctrinario⁷⁴² ha señalado que por formar el leasing un *tout complexe* revestido de contrato por adhesión, una de las partes goza de una situación de predominio que demanda “*désacraliser*” la cláusula penal cuando ésta sea manifiestamente abusiva, poniendo en peligro el respeto sagrado a la ley entre las partes. Pero la supuesta libertad es un mito cuando todas las circunstancias demuestran que la cláusula penal no procede de un libre debate sino de la adhesión forzosa del Usuario a la ley de la Arrendadora por existir una

⁷³⁷ Giovanoli, *Le crédit-bail...*, ob. cit., p. 369. Para este autor, son tres los elementos que configuran el comportamiento del leasing como garantía cuando dice que “(...) le leasing —sur le plan économique du moins— remplit la fonction (a) d'un crédit affecté au financement d'un bien précis, (b) garanti par la propriété du bien financé (c) sans dépossession de l'utilisateur du bien financé par le crédit”.

⁷³⁸ Flume, *Das Rechtsverhältnis...*, ob. cit., pp. 20 ss.

⁷³⁹ Rezzónico, *Contratos con cláusulas...*, ob. cit., pp. 458, 459 y 466 - 468.

⁷⁴⁰ Crémieux-Israel, *Leasing et Crédit-Bail Mobiliers...*, ob. cit., pp. 91-114.

⁷⁴¹ La Sentencia del Tribunal de commerce de Versailles (15 janvier 1969) cita: “un contrat leonin se caractérise dans la théorie jurisprudentielle et doctrinale par une convention aboutissant a procurer taus les avantages a une des parties pour une compensation dérisoire à l'autre” (Vid. Crémieux-Israel, *Leasing...*, ob. cit., p. 109).

⁷⁴² Comu, Gérard, De l'énormite des peines stipulées en cas d'inexécution partielle du contrat de crédit-bail, en: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971, T. LXIX, pp. 167-170.

falta de libertad que pesa sobre el derecho de resolución de ésta que, asociada a los restantes elementos, puede poner en evidencia el carácter leonino y excesivo del conjunto⁷⁴³.

En Italia, un sector doctrinario⁷⁴⁴ ha aludido a la posibilidad de aplicar la prohibición del pacto comisorio sancionado en los artículos 1963 y 2744 del *CCIT* al leasing financiero; argumentando que no puede ser aplicado dicho pacto indiscriminadamente por comportar el riesgo de declarar nulos ciertos tipos de contratos que funcionan en la práctica con notable utilidad económica; entre ellos, el leasing financiero.

Un sector de la doctrina española⁷⁴⁵ justifica la aplicación de la Cláusula argumentando que ella es la contrapartida a los grandes riesgos que asume la Arrendadora. Adicionalmente, algunos autores se limitan a considerar la Cláusula como una cláusula penal, sin cuestionar su licitud⁷⁴⁶, A juicio de otros⁷⁴⁷, la resolución del contrato de arrendamiento financiero sí puede ser admitida porque procede del incumplimiento de la obligación de pago del Usuario. El problema surge cuando se acuerda que éste tiene que pagar a la Arrendadora una parte importante de las cuotas no vencidas.

En el arrendamiento financiero se establece una auténtica cláusula penal que sustituye a la indemnización por daños y perjuicios y el abono de intereses. “La cláusula penal existe, no precisamente por haberse estipulado una condición resolutoria, sino como lo dice la Sentencia del Tribunal de 8 de enero de 1945, por regulación de sus efectos que rebasan el marco normal en que los encuadra el Derecho civil e implican una posible agravación de la responsabilidad del deudor”. No menos importante es la solución aportada por el artículo 13 de la *CULFI*⁷⁴⁸, que concuerda con la Cláusula que se comenta; regulando los derechos de la Arrendadora en

⁷⁴³ Comu, Gérard, Tentatives prétoriennes des juges du fond contre les clauses pénales léonines, en: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1975, p. 132.

⁷⁴⁴ Claritzia, Renato, Alcune Considerazione sul contratto di Locazione Finanziaria, en: *Banca, Borsa e Titolo de Crèditi*, 1976, II, p. 472.

⁷⁴⁵ Martín Oviedo, *El “leasing” ante el Derecho...*, ob. cit., p. 66.

⁷⁴⁶ Vidal Blanco, *El leasing, una innovación...*, ob. cit., p.102.

⁷⁴⁷ Cabanillas Sánchez, *La naturaleza...*, ob. cit., pp. 117-119.

⁷⁴⁸ El artículo 13 de la *CULFI* dispone: “1.- *In the event of default by the lessee, the lessor may recover accrued unpaid rentals, together with interest and damages.* 2.- *Where the lessee's default is substantial, then the subject to paragraph 5 the lessor may also require accelerated payment of the value of the future rentals, where the leasing agreement so provides, or may terminate the leasing agreement and after such termination: (a) recover possession of the equipment; and (b) recover such damages as will place the lessor in the position in which it would have been had the lessee performed the leasing agreement in accordance with its terms.* 3.- *(a) The leasing agreement may provide for the manner in which the damages recoverable under paragraph 2(b) are to be computed. (b) Such provisions shall be enforceable between the parties unless it would result in damages substantially in excess of those provided for under paragraph 2(b). The parties may not derogate from or vary the effect of the provisions of the present subparagraph.* 4.- *Where the lessor has terminated the leasing agreement it shall not be entitled to enforce a term of that agreement providing for acceleration of payment of future rentals, but the value of such rentals may be taken into account in computing damages under paragraphs 2(b) and 3. The parties may not derogate from or vary the effect of the provisions of the present paragraph.* 5.- *The lessor shall not be entitled to exercise its rights of acceleration or its rights of termination under paragraph 2 unless it has by notice given the lessee a reasonable opportunity of remedying the default so far as the same may be remedied.* 6.- *The lessor shall not be entitled to recover damages to the extent that it has failed to take all reasonable steps to mitigate its loss”.*

caso de incumplimiento del Usuario, ofreciendo una solución flexible y alternativa según que el incumplimiento sea o no sustancial.

III. El asunto de las condiciones generales de contratación en Venezuela

El precepto de autonomía contractual impera generalmente para estipular Condiciones Generales de Contratación. Su validez y eficacia tiene su apoyo en el principio de la autonomía de la voluntad que encuentra su consagración normativa en el artículo 1.159 de la *CCV*: “Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento (...)”. Mejor decir, “mutuo asentimiento”. Pero en el ordenamiento jurídico venezolano no existen normas que regulen expresamente las CGC tal como sí lo hacen, por ejemplo: los artículos 1341 y 1342 del *CCIT* de 1942⁷⁴⁹ y los artículos 1392 y 1398 del *CCP*⁷⁵⁰. Excepcionalmente, algunas legislaciones venezolanas regulan especialmente una pluralidad de contratos⁷⁵¹. Particularmente, la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* de 2004 dedica un

⁷⁴⁹ El artículo 1341 del *CCIT* dispone: “Las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso no tendrán el efecto, si no fuesen específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial”.

El artículo 1342 del *CCIT* dispone: “En los contratos concluidos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas. Se observará además la disposición del párrafo segundo del artículo precedente”.

⁷⁵⁰ El artículo 1392 del *CCP* dispone: “Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”. El artículo 1393 del *CCP* dispone: “Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas...”. El artículo 1394 del *CCP* dispone: “El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa”. El artículo 1395 del *CCP* dispone: “Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran”. El artículo 1396 del *CCP* dispone: “En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien... genera de pleno derecho la obligación de pago... aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz”. Artículo 1397 *CCP*: “Las cláusulas generales... no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta... cuando sean conocidas por la contraparte...”. Artículo 1398 *CCP*: “En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan a favor de quien los ha redactado, exoneraciones, o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo (...)”. Artículo 1399 *CCP*: “En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales... no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato...”. Artículo 1400 *CCP*: “En los casos del artículo 1397 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles...”. Artículo 1401 *CCP*: “Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra”.

⁷⁵¹ Tal es el caso de la *Ley de Venta de Parcelas* (GORV Número 26.428, Extraordinario, de 9 de diciembre de 1960); la *Ley de Propiedad Horizontal* (GORV No. 3.241, Extraordinario, de 18 de agosto de 1983); y la *Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros*

capítulo a los contratos por adhesión (Título III De la Protección Contractual; Capítulo I Del contrato de adhesión: artículos 81 a 88). Por otra parte, en relación con los “contratos de interés público” (artículos 150 y 151 de la *CRBV*); es atribución constitucional del Presidente de la República Bolivariana “celebrar contratos de interés nacional conforme a esta Constitución y la ley”, en virtud del artículo 236(14) *eiusdem*. A tal efecto, el Poder Público Nacional, en virtud del artículo 156 (20 y 32) *eiusdem*, ha decretado unas “Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras” en los que sean parte los Ministerios, los Institutos Autónomos y las Empresas del Estado.

Un sector de la doctrina jurídica venezolana de la mayor competencia ha afirmado que “el imperio de la autonomía contractual no impide a nuestros tribunales el desarrollo de una jurisprudencia represiva contra algunas de las más chocantes cláusulas abusivas, lo cual bien pudiera hacer mediante la utilización de algunos criterios que suelen emplear los tribunales de países con una jurisprudencia más desarrollada. Por ejemplo, la necesidad de que dichas cláusulas no contradigan ciertos principios como el de la buena fe en la ejecución de los contratos, el respeto a los límites impuestos por el orden público, la certeza de la aceptación de la cláusula por parte del contratante contra quien se pretende hacer valer”⁷⁵². Dicha afirmación concluye expresando que las cláusulas sospechosas de ser abusivas son, entre otras, las que exoneran o limitan la responsabilidad contractual del predisponente o agravan la del cocontratante; las que establecen a favor del predisponente facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo unilateralmente o resolverlo; las que excluyen garantías legales a que normalmente estaría sujeto el predisponente, por ejemplo, la de saneamiento por evicción, vicios ocultos o malfuncionamiento; las que establecen cláusulas compromisorias; las que abrevian lapsos de prescripción en perjuicio de cocontratante⁷⁵³.

IV. Cláusulas contra hechos que afectan la ejecución del contrato

La duración del contrato de arrendamiento financiero internacional conduce a pensar que su ejecución podría verse amenazada eventualmente por el “cambio en las circunstancias sobre las que se ha basado un contrato”⁷⁵⁴. Es decir, por dificultades imprevisibles que puedan emerger cuando su término de conclusión sea aún lejano. En efecto, circunstancias tales como:

(GORV Número 1.763, Extraordinario, de 8 de agosto de 1975) (*Vid.* Mélich-Orsini, Las condiciones generales..., ob. cit., pp. 171 y 172).

⁷⁵² Mélich-Orsini, Las condiciones generales..., ob. cit., p. 175.

⁷⁵³ *Ibidem*, pp. 180-181.

⁷⁵⁴ El autor Ugo Draetta (*Breach and Adaptación of International Contracts: An introduction to Lex Mercatoria*; 1992) ha descrito dicho “cambio en las circunstancias” como la “patología de los contratos”. Dicho autor cree que la adaptación contractual tal como existe en la *ex mercatoria* puede encontrarse en tratados internacionales, en textos de derecho uniforme, en intentos de codificación del principio *rebus sic stantibus*, en la práctica comercial internacional y también, sobre todo, en la jurisprudencia arbitral (*Vid.* H. Veytia, The requirements of justice and equity..., ob. cit., pp. 1202-1203).

(a) la amenaza permanente que gravita sobre la fluctuación de la paridad cambiaria de la moneda sobre la que se acuerdan las cuotas dinerarias que debe pagar el Usuario; (b) el riesgo tecnológico que puede resultar, por ejemplo, de una evolución en los métodos de producción y transformación; o (c) los efectos derivados de los cambios en las condiciones del mercado que son función de los volúmenes de producción y de consumo. Tales circunstancias han dado origen a un género de cláusulas concebidas en función de su eventual mutabilidad futura, respondiendo a la voluntad privada dirigida hacia una segura adaptación de sus relaciones a las nuevas circunstancias que pudieran surgir durante la ejecución del contrato⁷⁵⁵. Tal tipo de cláusulas responden a dificultades u obstáculos que deriven de algún evento extraordinario e imprevisible que afecten la ejecución de un contrato de tracto sucesivo⁷⁵⁶. Entre ellas se cuentan, entre otras: (i) las denominadas “cláusulas de valor” o de conservación del valor; (ii) las denominadas cláusulas de *hardship* que encierran la mejor expresión característica de las cláusulas de “readaptación”⁷⁵⁷; (iii) la cláusula de fuerza mayor que responde a una imposibilidad de ejecución contractual. A ellas nos referimos a continuación.

A. La cláusula de valor

También denominada “cláusula de conservación del valor”⁷⁵⁸ resulta de un negocio jurídico en el que las partes intentan mantener un valor estable que conserve el equilibrio económico del contrato. Por lo tanto, este tipo de cláusula nace de la voluntad de las partes válidamente manifestada. Hace referencia a la prestación debida por una de las partes contratantes (el pago de las cuotas por el Usuario en el arrendamiento financiero), por lo que no constituye una modalidad del contrato. Así, la obligación del Usuario sometida a una “cláusula valor” no es propiamente una obligación pecuniaria sino una verdadera obligación de valor⁷⁵⁹. Puede ser

⁷⁵⁵ Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 81.

⁷⁵⁶ En relación con la Teoría de la Imprevisión o Teoría de la Excesiva Onerosidad Sobrevenida, particularmente en referencia a los requisitos para que proceda la imprevisión, *Vid. Rodner, El dinero, la inflación y las deudas de valor...*, ob. cit., pp. 491-523, esp. pp. 498-504.

⁷⁵⁷ Oppetit, Bruno, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship, en: *Journal du Droit International*, 1974, No. 4, pp. 794-814, esp. p. 795.

⁷⁵⁸ La doctrina ha dado diversas denominaciones a la cláusula de valor. Así, la doctrina Alemana la suele denominar cláusulas de aseguramiento de valor (*wertsicheruns klauseln*) o cláusulas de estabilización. En Francia se suele utilizar la denominación cláusulas de escala móvil (*clauses d'échelle mobile*). En Venezuela se utiliza el término cláusula valor por ser omnicompreensivo (*Vid. Rodner, El dinero, la inflación...*, ob. cit., pp. 533 - 535).

⁷⁵⁹ La obligación o deuda de valor es aquella “en la que el dinero opera como una medida de valor de otras cosas o servicios respecto de los cuales el dinero funciona como un sustitutivo, por lo cual no se debe meramente una cantidad de dinero sino su valor. Ese valor es distinto del nominal, ya que la deuda de una cantidad de dinero, por su valor nominal, es deuda de dinero. Lo característico y esencial es, pues, que se debe un valor y que este valor no sea el nominal del dinero” (*Vid. Zambrano Velasco, José Alberto, Teoría General de la Obligación*, Caracas, Editorial Arte, 1985, p. 303). “En las obligaciones de valor, el valor está *in obligationem* y el dinero se dice que está *in solutionem* (...) a diferencia de lo que ocurre con las deudas dinerarias donde la suma de dinero está *in obligationem* e *in solutionem* (...)” (*Vid. Rodner, El dinero, la inflación...*, ob. cit., p. 231).

definida como “*une méthode permettant de répartir les risques monétaires entre les parties à une transaction internationale*”⁷⁶⁰. Es “una fórmula negocial dirigida al ajuste del valor de una obligación ordinariamente sujeta al principio del nominalismo, y donde el monto de la obligación va definido en relación a un valor de referencia, pero la misma se cumple convirtiendo el valor de referencia en una suma de dinero y pagando precisamente esa suma de dinero”⁷⁶¹. Son ejemplos de este tipo de cláusula: la cláusula de indización o indexación,⁷⁶² la “cláusula escala móvil”⁷⁶³ o de “referencia a una moneda de cuenta”⁷⁶⁴.

Las “cláusulas valor” no cubren sino los riesgos monetarios; es decir, sólo interesan a las prestaciones expresadas en términos monetarios. En el ámbito del arrendamiento financiero, son las del Usuario. Estas cláusulas comienzan a tener eficacia, casi automáticamente, cuando se producen determinados hechos, sin que ellos impliquen la necesidad de renegociar los términos del contrato⁷⁶⁵. El Derecho privado venezolano recepta el “nominalismo”⁷⁶⁶ que se opone al “valorismo”, según el cual el deudor debe prestar el valor intrínseco que habría correspondido a aquellos pagos monetarios en el momento de la asunción de la deuda. Luego, las obligaciones de valor derivan de la aplicación de las cláusulas de valor y no de la Ley. Luego, su utilización es perfectamente válida en los contratos mercantiles porque no existe una norma de Derecho positivo que las prohíba o las limite. Por lo tanto, la estipulación de la “cláusula valor moneda extranjera” es perfectamente lícita. Ella constituye una de las fórmulas más comunes para el ajuste del valor de una prestación donde la moneda extranjera se fija como moneda de cuenta pero no como moneda de pago⁷⁶⁷.

⁷⁶⁰ Oppetit, *L'adaptation des contrats internationaux...*, ob. cit., p. 795.

⁷⁶¹ Esta definición de cláusula valor ha sido acogida por la Doctrina de la Procuraduría General de la República de Venezuela en el año 1985, en *Doc. Pro. Gr.* de 28 de noviembre de 1985 (*Vid. Rodner, El dinero, la inflación...*, ob. cit., p. 527).

⁷⁶² “Indizar” (indexar) significa “variar un valor por la referencia a un valor externo, normalmente con referencia a un índice”. En Francia, *indexation* “se define como la acción consistente en relacionar un valor de un capital, o de un ingreso a la evolución, del valor de una variable de referencia. Desde un punto de vista jurídico, la indización (‘indexation’) se define como la modalidad de modificar el valor de una deuda de dinero por una convención (cláusula de indización) o una decisión de justicia o por la ley, y que tiende a variar el monto de dicha obligación(...) en función de un elemento u objetivo de referencia denominado índice (...)” (*Vid. Rodner, El dinero, la inflación...*, ob. cit., p. 94).

⁷⁶³ Sobre la “cláusula de escala móvil” en la doctrina venezolana, *Vid. Zambrano Velazco, Teoría General de las Obligaciones...*, ob. cit., pp. 327-328.

⁷⁶⁴ El autor francés Jean-Paul Doucet (*L'Indexation*, Paris, 1965; p. 193) cita la decisión de la Corte de Apelación de Pau, donde se sostuvo que el propósito de la cláusula escala móvil es de hacer variar automáticamente el precio, en función de un valor de la referencia y juega tanto en favor del arrendador como en beneficio del locatario o arrendatario. Decisión de la *Corte de Apelación de Pau, julio, 16, 1958...* (Rodner, *El dinero, la inflación...*, ob. cit., p. 553, nota 48).

⁷⁶⁵ Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 81.

⁷⁶⁶ El “nominalismo”, como principio que rige el tráfico jurídico del dinero, se refiere a la capacidad del dinero para liberar al deudor de una obligación. Así, el dinero, como medio de pago, no tiene un valor propio sino un valor nominal que le es atribuido por el Estado en una relación de igualdad. Así, en Venezuela, bolívar por bolívar, independientemente del valor intrínseco que tenga la moneda correspondiente (*Vid. Rodner, El dinero, la inflación...*, ob. cit., pp. 145-146).

⁷⁶⁷ El artículo 1.737 del *CCV* habla expresamente a moneda de curso legal (no de curso forzoso) cuando hace referencia a una obligación pecuniaria que “se cumple entregando monedas que tengan curso legal al tiempo del pago”. Modernamente, dentro del concepto de curso legal están incluidas las monedas y billetes emitidos por el Banco Central, así como los valores representativos de

En sentido opuesto, el artículo 1.737 del *CCV* consagra el nominalismo al disponer que “La obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato (...) el deudor debe devolver la cantidad dada (...) y no está obligado a devolverla sino en las monedas que tengan curso legal al tiempo del pago”, consagrando también el concepto clásico de “curso legal”. Cuando se usa una moneda extranjera como moneda de cuenta (no de curso legal) se puede establecer una “obligación alternativa” regulada por las normas contenidas en los artículos 1.216 a 1.220 del *CCV*, por cuya virtud tanto la moneda extranjera como la de curso legal están *in obligationem* pero sólo una de ellas está *in solutionem*.

B. La cláusula de *hardship*

Esta cláusula responde a la voluntad de las partes a fin de asegurar, en virtud del contenido de los términos contractuales, una adaptación del contrato que las vincula cuando pudiera surgir un “cambio sustancial e imprevisible de circunstancias”⁷⁶⁸ durante su ejecución, afectando su equilibrio interno a tal punto de crear en una de las partes un rigor (*hardship*) injusto. A diferencia de la cláusula valor, esta Cláusula no opera automáticamente sino que se exige una renegociación del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias sobrevenidas⁷⁶⁹. En general, la readaptación del contrato previsto en la Cláusula se encuentra subordinada, en primer lugar, a la presencia de una “excesiva onerosidad” (*hardship*) como criterio de readaptación oportuna del contrato en proceso y, en segundo lugar, a la debida constatación y reconocimiento de tal *hardship*.⁷⁷⁰ Dicho criterio se suele establecer en función de dos elementos: su origen y sus caracteres.

El origen o causa de la excesiva onerosidad se formula en términos muy generales. Ha de ser un evento exterior a las partes —no necesariamente monetario o económico— que esté razonablemente fuera de control en el sentido de que el trastorno causante del desequilibrio general del contrato no pueda imputársele a la parte que invoca la sobrevenida del *hardship*⁷⁷¹.

éstos (por ejemplo; la transferencia bancaria) cuya emisión permita el cumplimiento de una obligación pecuniaria. (Vid, Rodner, *El dinero, la inflación...*, ob. cit., pp. 147 ss.).

⁷⁶⁸ Al punto, es oportuno evocar en el campo del Derecho Internacional Público la doctrina *rebus sic stantibus*, según la cual “(...) un cambio esencial en las circunstancias de hecho que contribuyeron a la conclusión de un tratado puede dar lugar a la caducidad del mismo o, por lo menos, afectar a su fuerza obligatoria. En otros términos, se supone que los tratados se concluyen bajo condición de que las cosas no varíen —*rebus sic stantibus*— de manera que un tratado puede cesar de ser obligatorio si las circunstancias existentes cuando fue concluido han sufrido ulteriores modificaciones que presentan una importancia esencial para las relaciones entre las partes”. (Vid. Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, p. 66).

⁷⁶⁹ Oppetit, *L'adaptation des contrats internationaux...*, ob. cit., p. 795.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, p. 799.

⁷⁷¹ Diversas fórmulas contenidas en cláusulas de *hardship* expresan términos de amplia generalidad dirigidos a calificar la causa u origen del desequilibrio del contrato. Así por ejemplo: “(...) circumstances which could not reasonably be foreseen, as of the date on which this agreement was entered into... (contract Occidental”. Otro ejemplo: “(...) an intervening event or change of

Por otra parte, éste debe estar revestido de cierta intensidad que justifique el reajuste del contrato (carácter sustancial)⁷⁷². Adicionalmente, este tipo de cláusula suele introducir un elemento de justicia en el mecanismo de readaptación del contrato, haciendo referencia a la falta de equidad del *hardship* en tanto que injusto⁷⁷³. En relación con su constatación, las cláusulas suelen disponer que la parte que estime reunidas las condiciones de la readaptación del contrato (la parte en desventaja) deberá avisar a su cocontratante de la sobrevenida del evento que origina el cambio de circunstancia alegado. Esta parte podría aceptar la proposición o solicitar un encuentro con la otra parte a efectos de debatirla. El eventual desacuerdo entre las partes se podría manifestar a niveles diferentes: bien sea conduciendo a una negociación sobre el objeto del reajuste o bien sobre la existencia de las condiciones de la readaptación⁷⁷⁴. En caso de que las partes no llegaran a un acuerdo en un plazo prudencial, entonces cualquiera de ellas podrá acudir a un tribunal.

Los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* regulan diversos aspectos relativos a la “excesiva onerosidad” o *hardship* (Capítulo 6 Cumplimiento; Sección 2: artículos 6.2.1 a 6.2.3)⁷⁷⁵. El artículo 6.2.1 de los *PUCCI* (“Obligatoriedad del contrato”) confirma la consagración del principio *pacta sunt servanda* (“*principio della santità del contratto*”)⁷⁷⁶, a menos que surjan situaciones de “excesiva onerosidad” o *hardship*⁷⁷⁷; situaciones que deben permanecer como hechos excepcionales. El artículo 6.2.2 *eiusdem*

circumstances beyond said party's control when acting as a reasonable and prudent operator such that the consequences and effects of which are fundamentally different from what was contemplated by the parties at the time of entering into this agreement ... (contract Ekofisk)” (Vid. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux..., ob. cit., p. 801).

⁷⁷² Por ejemplo, una cláusula de *hardship* expresa que “*In the event that during the period of this agreement, the general situation and/or the data on which this agreement is based are substantially changed so that either party suffers severe and unforeseeable hardship... (contract Occidental)*”. Otro ejemplo: “*Substantial hardship shall mean if at any time or from time to time during the term of this agreement without default of the party concerned... (contract Ekofisk)*” (Vid. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux..., ob. cit., pp. 799-800).

⁷⁷³ Por ejemplo, cuando una cláusula de *hardship* expresa que “*(...) l'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander de supporter, les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour les deux contractants. (contract Ozo)*”. Otro ejemplo: “*(...) circumstances which could not be reasonably be foreseen, as of the date on which this agreement was entered into, in order to restore the equitable character of this agreement. (contract Occidental)*”. Otro ejemplo: “*(...) adjustment... is justified in the circumstances in fairness to the parties to alleviate said consequences... (contract Ekofisk)*” (Vid. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux..., ob. cit., p. 803).

⁷⁷⁴ Por ejemplo, una cláusula disponiendo que “*(...) either party(...) shall consult and show mutual understanding with a view to making such adjustments as would appear to be necessary and such revisions as would be justified by circumstances which could not reasonably be foreseen... (contract Occidental)*” (Vid. Oppetit, L'adaptation des contrats internationaux..., ob. cit., pp. 799 y 805).

⁷⁷⁵ La Sección 2 del Capítulo 6 de los *Principios de Unidroit* (versión en idioma español) utiliza el término “excesiva onerosidad” (traducción del término *eccesiva onerosità*) de manera equivalente al término *hardship*. Con el término *eccesiva onerosità* denominan en Italia a la teoría *rebus sic stantibus*. Este principio ha sido referido también como *revision du contrat*, *bouversement du contrat*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, y *pressuposizione* (Vid. Veytia, *The requirements of justice...*, ob. cit., p. 1203).

⁷⁷⁶ Bernardini, Piero, *Hardship e Force Majeure*, en: M.J. Bonell e di Franco Bonelli (ed.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, Milano, Giuffrè Editore, 1977, pp.193-214, esp. p.195.

⁷⁷⁷ Artículo 6.2.1 de los *PUCCI*: “Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la excesiva onerosidad (*hardship*), las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas”.

(“Definición de la ‘excesiva onerosidad’ o *hardship*”)⁷⁷⁸ centra la ocurrencia de *hardship* cuando el desequilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos; bien sea por el incremento en el costo de la prestación de una de las partes, o bien por la disminución del valor de la prestación que una de las partes recibe⁷⁷⁹. Se critica la ausencia en dicha norma de una hipótesis relativa en la pérdida de utilidad económica del contrato para una de las partes, sin que se haya causado necesariamente un desequilibrio en el contrato (tal como pudiera suceder con el arrendamiento financiero); a pesar de los *Comentarios de los Principios de Unidroit* formulados respecto de dicha hipótesis.

A todo evento, la referida norma considera como causales de *hardship* la sobrevenida de otros eventos de carácter no económico que alteran el equilibrio del contrato. El artículo 6.2.3 de los *PUCCI* (“Efectos de la ‘excesiva onerosidad’ o *hardship*”)⁷⁸⁰ destaca la precaución de organizar positivamente una solución en el caso de que la renegociación del contrato fracase. No obstante, en la práctica las partes son extremadamente reticentes a la idea de recurrir a terceros, a fortiori un Juez o un Árbitro, para la renegociación de su contrato. Sin embargo, las partes suelen recurrir a un tercero experto (ni Juez ni Árbitro) cuya actuación se limita a dar sus recomendaciones sobre el caso concreto⁷⁸¹; aparte de que puedan optar por la rescisión del contrato.

C. La cláusula de fuerza mayor

Esta cláusula se establece por voluntad de las partes en previsión de la emergencia de situaciones o “hechos imprevisibles e irresistibles”⁷⁸² que imposibiliten la ejecución del contrato; material o jurídicamente. Tales situaciones o hechos reciben en doctrina la denominación

⁷⁷⁸ Artículo 6.2.2 de los *PUCCI*: “Se presenta un caso de excesiva onerosidad (*hardship*) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra, y, además, cuando: (a) dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos”.

⁷⁷⁹ Fontaine, Michel, *Les dispositions relatives au hardship et a la force majeure*, en: M.J. Bonell e di Franco Bonelli (ed.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, Milano. Giuffrè Editore, 1977, pp.183-191, esp. p. 188.

⁷⁸⁰ Artículo 6.2.3 de los *PUCCI*: “(1) En caso de ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*) la parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato. Tal solicitud deberá formularla sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa. 2) La solicitud de renegociación no autoriza en sí misma a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo en un plazo prudencial, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que al efecto determine, o (b) adaptar el contrato, de modo de restablecer su equilibrio”.

⁷⁸¹ Fontaine, *Les dispositions relatives au hardship...*, ob. cit., p. 188.

⁷⁸² Es la *vis maior cui resisti non potest* de la clásica definición atribuida al jurisconsulto Paulo, recogida en el Digesto: “*vis est majoris rei impetus qui repelli non potest*” (Cabanelas, *Diccionario de Derecho Usual...*, Tomo IV, ob. cit., p. 417).

genérica de “causa extraña no imputable”⁷⁸³, que encuentran disciplina mediante la norma contenida en el artículo 1.271 del *CCV*.⁷⁸⁴ Una causa extraña no imputable exige la concurrencia de las siguientes condiciones: (1ª) debe producir la imposibilidad absoluta de cumplir la obligación; (2ª) que dicha imposibilidad absoluta sea “sobrevenida”; (3ª) el hecho debe ser “imprevisible”; (4ª) que la imposibilidad absoluta debe ser “inevitable”; y (5ª) ausencia total de dolo o culpa⁷⁸⁵.

En la práctica existe una diversidad de cláusulas de este tipo que varía tanto en su enunciado como en su amplitud; algunas de ellas suelen incluir una definición en abstracto y/o una lista ilustrativa de ejemplos⁷⁸⁶. Cabe destacar la existencia de notables diferencias en los diversos ordenamientos jurídicos. En los países angloamericanos se mantiene la vigencia de la denominada “teoría o doctrina de la imposibilidad”, que se refiere a las contingencias que imposibilitan el cumplimiento de la obligación. Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (*Law and Economics*) tal doctrina, aplicada al Derecho contractual, resulta ser ineficiente⁷⁸⁷. Por ejemplo, respecto del arrendamiento financiero, puede ocurrir que un incendio destruya la fábrica del Proveedor o que un terremoto imposibilite la entrega del equipo al

⁷⁸³ Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones...*, ob. cit., p. 186.

⁷⁸⁴ Artículo 1.271 del *CCV*: “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo de la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”.

⁷⁸⁵ Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones...*, ob. cit., p. 186-187.

⁷⁸⁶ “Un supuesto típico sería el siguiente: A los efectos de este acuerdo, fuerza mayor incluirá, guerra, insurrección, disturbios civiles, bloqueos, violencias callejeras, embargos, huelgas y otros conflictos laborales, disputas de tierra, epidemias, terremotos, tormentas, inundaciones u otras condiciones atmosféricas adversas, explosiones, fuegos, alumbramientos, rotura de maquinaria o de bienes, escasez de mano de obra, transporte, carburante o cualquier otro evento que la parte que alega fuerza mayor no pudo razonablemente esperar para prevenir o controlar (...).” (*Vid. Esplugues Mota, Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 78).

⁷⁸⁷ La doctrina de la imposibilidad provee una regla de omisión para asignar las pérdidas causadas por las contingencias remotas que imposibiliten el cumplimiento. Según el Análisis Económico del Derecho, estas contingencias representan un riesgo, tal como el riesgo de contraer una pulmonía o sufrir un accidente automovilístico. La economía tiene una teoría de la asunción eficiente del riesgo. La eficiencia (concepto económico) requiere que el riesgo sea asignado a los individuos que puedan asumirlo a un costo menor. Si la doctrina de la imposibilidad en el derecho contractual fuese eficiente, asignaría la responsabilidad a la parte que pueda asumir el riesgo de la imposibilidad del incumplimiento a un costo menor. Varios factores determinan quién pueda asumir el riesgo al costo menor. En primer lugar, las partes a menudo podrían tomar medidas para reducir la probabilidad de una imposibilidad del cumplimiento o para disminuir las pérdidas derivadas del incumplimiento. Por ejemplo, en el leasing financiero internacional el fabricante podría instalar un sistema contra incendios para reducir el daño causado por el fuego. En segundo lugar, aunque nadie pueda tomar precauciones para reducir el riesgo, por lo general puede esparcirlo. Por ejemplo, supongamos que un terremoto impida que el fabricante pueda entregar el bien mueble dado en leasing a tiempo. Nadie puede prevenir los terremotos, pero las partes pueden asegurarse contra ellos. Las compañías de seguro se especializan en la dispersión del riesgo. La capacidad de una persona para reducir o dispersar el riesgo determina su costo de asumir el riesgo. La eficiencia requiere la asignación del riesgo a la persona que pueda sumirlo al costo menor. Por lo tanto, la eficiencia requiere que la doctrina de la imposibilidad se interprete como sigue: “Si una contingencia imposibilita el cumplimiento, asígnese la responsabilidad a la parte que podría reducir o dispersar el riesgo al costo menor”. El concepto del “quien asume el costo menor” provee una clara interpretación de la doctrina de la imposibilidad en muchos casos difíciles (*Vid. Cooter & Ulen, Derecho y Economía...*, ob. cit., p. 34).

Usuario. Entonces, la fuerza mayor que imposibilita la ejecución del convenio de suministro frustra el propósito del acuerdo de leasing, en virtud de la “teoría de la frustración del propósito”⁷⁸⁸.

En los países de *civil law* la imposibilidad de cumplir con el contrato se entiende generalmente como una causa de exoneración⁷⁸⁹. Al respecto, los Derechos coinciden generalmente en tres aspectos principales: (1º) la exoneración de responsabilidad del deudor impedido; (2º) el efecto sobre la obligación afectada. El acento es puesto generalmente sobre la extinción de esa obligación; (3º) el efecto sobre la obligación correlativa en los contratos bilaterales. En la práctica, las cláusulas de fuerza mayor suelen confirmar el efecto de exoneración de responsabilidad del impedimento sobrevenido; pero en cuanto a sus consecuencias sobre la ejecución de las obligaciones afectadas el acento se pone no sobre su extinción sino sobre la suspensión de la obligación en causa. Transcurrido cierto tiempo, dicha suspensión puede desembocar en una renegociación conducente a la adaptación o a la rescisión del contrato⁷⁹⁰.

En el ámbito normativo convencional internacional, el artículo 79(1) de la *Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*⁷⁹¹ (en adelante: *COVI*) incorpora un principio general a favor de la exoneración de quien incumple sus obligaciones, cuando el incumplimiento se debe a causas trascendentes que no pudo prever ni evitar. La exoneración allí prevista surtirá efecto mientras dure el impedimento alegado. Otros aspectos relacionados con la exoneración por causas de fuerza mayor son considerados en otros ordinales del artículo 79 de la *COVI*. En el ámbito de aplicación del Derecho uniforme, la

⁷⁸⁸ En este ejemplo relativo al leasing financiero, habiendo discutido desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho los efectos de una contingencia que impide el cumplimiento del acuerdo de venta, se considera ahora una contingencia remota que destruye o frustra el propósito del acuerdo de leasing. La eficiencia requiere que se asigne el riesgo a la parte que puede asumirlo al costo menor. Por lo tanto, la eficiencia requiere que se interprete la doctrina de la frustración del propósito como sigue: “Si una contingencia vuelve inútil el cumplimiento, se asigna la responsabilidad a la parte que pueda asumir el riesgo al costo menor” (*Vid. Cooter & Ullen, Derecho y Economía...*, ob. cit., p. 345).

⁷⁸⁹ Oppetit, *L’adaptation des contrats internationaux...*, ob. cit., p. 797.

⁷⁹⁰ En relación con un estudio más extenso sobre el tema de la Fuerza Mayor en la *Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980*, *Vid. Esplugues Mota, Compraventa Internacional...*, ob. cit., pp. 191-194.

⁷⁹¹ Artículo 79 de la *COVI*: “1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias. 2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad: a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo. 3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. 4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlos. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción. 5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción”.

norma contenida en el artículo 7.1.7 de los *PUCCI*⁷⁹² regula el incumplimiento del contrato comercial internacional por causa de fuerza mayor. El texto de su ordinal 1º contiene una definición de fuerza mayor (*force majeure*) inspirada en el artículo 79(1) de la *COVI* por lo que ésta ha sido considerada “*an obligatory point of reference*”.

V. Cláusulas contra la alteración del Derecho elegido

En la práctica, las operaciones de leasing financiero mobiliario internacional bien pueden llevarse a cabo entre personas privadas (operadores del comercio internacional) y personas de Derecho público (los Estados). Por otra parte, el Derecho elegido por las partes para regir el contrato podría experimentar una modificación relevante que pueda llegar a alterar su equilibrio interno. Además, no puede dejar de considerarse que el Estado siempre sea capaz de otorgar determinadas garantías respecto a la reforma de su propio Derecho en el supuesto de ser efectivamente elegido. Ante semejante hipótesis cabe hacer referencia a las denominadas “cláusulas de estabilización” y “cláusulas de contingencia”. Ambas especies aparecen básicamente en aquellos contratos sometidos, total o parcialmente, al Derecho del Estado contratante. Ellas persiguen evitar la posibilidad de que, durante la ejecución del contrato, el Estado altere el contenido de su Derecho o que provoque unilateralmente su desequilibrio interno. En la práctica, ambas situaciones pueden combinarse de diversas formas.

A. Las cláusulas de estabilización

Estas cláusulas se redactan de manera muy diversa en atención al tipo de contrato o a los aspectos del régimen jurídico al que se refieren⁷⁹³. Así, en un contrato de leasing financiero internacional referirse a derechos reales, régimen fiscal, control de cambios o al conjunto de normas jurídicas aplicables al contrato. En general, algunas cláusulas de estabilización ponen el acento en la fijación del concreto Derecho del Estado con referencia a un específico momento

⁷⁹² Artículo 7.1.7 de los *PUCCI*: “(1) El incumplimiento de una parte es excusable si prueba que se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o que haber evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias. (2) Cuando el impedimento sólo sea temporal, la excusa tendrá efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del efecto del impedimento en el cumplimiento del contrato. (3) La parte incumplidora deberá comunicar a la otra el impedimento y su efecto sobre su aptitud para cumplir el contrato. Si la comunicación no fuere recibida en un plazo razonable contado a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable del daño que le llegare a causar a la otra dicha falta de recepción. (4) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una parte ejercitar el derecho a dar por terminado el contrato, o a aplazar su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero que se le debe”.

⁷⁹³ Esplugues Mota, *Compraventa Internacional...*, ob. cit., p. 75.

de la vida del contrato⁷⁹⁴. Otro tipo de ellas serían aquellas por medio de las cuales el Estado se compromete a no aplicar el posible nuevo régimen jurídico al contrato⁷⁹⁵.

B. Las cláusulas de intangibilidad

Este tipo de cláusulas trata de mantener el equilibrio interno del negocio durante su existencia ante la posibilidad de que el Estado, en ejercicio de su soberanía y procediendo unilateralmente, modifique los términos del contrato o lo derogue⁷⁹⁶. En la práctica, es frecuente combinar las cláusulas de estabilización y las de contingencia.⁷⁹⁷ Sin embargo, a pesar de la frecuente utilización de ellas, se debe tener en cuenta su fundamentación última de carácter político; lo que les atribuye un importante nivel de “fragilidad”⁷⁹⁸.

Capítulo 12. Cuestiones que no son objeto de la voluntad de las partes

Las diversas legislaciones suelen reducir la amplitud materia del Derecho aplicable al fondo del contrato estableciendo algunas excepciones mediante la sustracción de algunas cuestiones que no son objeto del juego de la autonomía de la voluntad. Son límites que hallan su fundamento último en consideraciones de interés general y de protección sobre determinadas

⁷⁹⁴ Un ejemplo de este tipo de cláusulas de estabilización sería la contenida en el artículo 47 del Acuerdo entre el gobierno de Ghana y la Volta Aluminum Co. Ltd. (VALGO) de 1962: “Excepto por lo dispuesto en contrario en el contrato, este acuerdo se entenderá celebrado y vendrá gobernado de acuerdo con la ley... tal como existe el 22 de enero de 1962” (Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 75).

⁷⁹⁵ Otro ejemplo de este tipo de cláusulas de estabilización está contenida en el artículo 24 del acuerdo entre el gobierno de Grecia y Esso Hellenic Inc.: “(1) El Estado griego garantiza a la sociedad que ninguna ley especial o cualquier otra medida administrativa terminará o reformará este acuerdo, a menos que se acuerde expresamente con la sociedad. (2) La sociedad y sus operaciones y propiedades en Grecia estará sujeta a las leyes y normas griegas vigentes en cada momento en cuanto no sean contrarias a los términos del presente acuerdo. Caso de existir un conflicto, bien ahora o en el futuro, los términos y condiciones de este acuerdo prevalecerán y las estipulaciones de la normativa antes mencionada no tendrá efecto alguno en lo que concierne a la sociedad y sus operaciones y propiedades en Grecia” (Vid. Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 76).

⁷⁹⁶ Un ejemplo de este tipo de cláusulas está redactada como sigue: “Los derechos contractuales creados expresamente por esta convención no serán alterados salvo acuerdo mutuo por las partes”. (Vid. Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 76).

⁷⁹⁷ Un ejemplo de esta combinación lo representa el artículo 27 del Acuerdo entre el Reino de Grecia y Péchiney: “Las disposiciones del presente convenio no pueden derogarse o modificarse más que en virtud de un acuerdo entre las partes, toda disposición contraria de la legislación no será aplicable en la medida en que sea contraria a estas disposiciones”. La primera parte del texto incluye una cláusula de intangibilidad. La redacción de la segunda parte se refiere a una cláusula de estabilización (Vid. Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 78).

⁷⁹⁸ Un ejemplo de esta situación la encontramos en el laudo dictado en el asunto Kuwait v.s. Aminoil, 21 I.L.M. 976 (1982) (Award of march 24, 1982). En esta sentencia se rechaza la validez de la cláusula de estabilización que decía: “*The Shaikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this Agreement...*) *No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh, or the company except in the event of the Shaikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions, or additions to this Agreement*”. Al efecto se alegó que la misma no cubría las situaciones de nacionalización debido a imprecisiones en la redacción y a la imposibilidad de presumir la limitación de los poderes soberanos de un Estado (Delaume, *Comparative analysis as a basis of law in State Contracts...*, ob. cit., pp. 604 ss.).

categorías de personas, que se materializan de tal modo que varían de un sector a otro del ordenamiento jurídico: prohibición de determinados pactos, cláusulas y condiciones en el Derecho contractual; aplicación de las normas internacionalmente imperativas con independencia de la *lex contractus* en el DIPr; entre otros asuntos⁷⁹⁹. Se produce así una fragmentación de índole legal; por ejemplo, en materias de capacidad de las partes y de aspectos formales.

Son materias que por su naturaleza aparecen sometidas a factores de conexión diferentes. Al punto, cabe mencionar las soluciones que algunos textos convencionales ofrecen en relación con ciertos aspectos relativos a la existencia del consentimiento en la formación del contrato que no son objeto de la autonomía conflictual. Los Derechos nacionales también imponen a las partes algunas obligaciones que se aplican de forma imperativa para el buen funcionamiento del contrato. Excepcionalmente, existen soluciones aportadas por algunos instrumentos convencionales relativas a la existencia del consentimiento en la formación del contrato que no son objeto de la autonomía conflictual. En este Capítulo hacemos referencia a materias excluidas, imperativamente, del ámbito de aplicación de la *lex contractus*; a saber: la capacidad de las partes contratantes; los aspectos formales del contrato; la existencia del consentimiento; y los derechos reales que surgen del arrendamiento financiero internacional.

I. La capacidad de las partes contratantes

Generalmente, esta materia está excluida del ámbito de aplicación de la *lex contractus*. En el Capítulo 4 *in fine* hemos expuesto los caracteres que especializan la capacidad de cada una de las tres partes que intervienen en la operación de leasing financiero internacional. En materia estrictamente contractual, la sumisión a la *lex contractus* de su respectiva capacidad para contratar, puede ser jurídicamente posible. Pero, según los requisitos de validez exigidos por el Derecho del lugar de celebración del contrato, los sujetos pudieran ser capaces o incapaces. No se sabrá si son capaces o no hasta que contraten. Esta es la solución aportada por los ordenamientos de *common law* que no consideran “la capacidad” como un atributo personal sino como un requisito de validez formal del negocio. Pero en los sistemas de *civil law* los aspectos relativos a la capacidad de las personas han sido sometidas tradicionalmente a su estatuto personal.

En este sentido, el artículo 176 del *CB* dispone que “Dependen de la ley personal de cada contratante las reglas que determinan la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento”. Además, el artículo 232 *eiusdem* dispone que “La capacidad para ejercer el comercio

⁷⁹⁹ Bouza Vidal, Nuria, La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000, Vol. LII, pp. 370-394, esp. p. 373.

y para intervenir en actos y contratos mercantiles, se regula por la ley personal de cada interesado”. Pero el artículo 5(a) de la *CIDACI* excluye expresamente de su ámbito de aplicación “(...) la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes (...)”. Es útil conocer, como Principio de DIPr generalmente aceptado, la disposición contenida en el artículo 4 del *Tratado de Derecho Civil* (Montevideo, 1940) que dispone: “La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por las leyes del país de su domicilio (...)”⁸⁰⁰. También, el artículo 2 de la *Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles* (CIDIP II; Montevideo, 1979)⁸⁰¹ dispone: “La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución. Por le del lugar de su constitución se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades”.

Por su parte, el artículo 2 de la *Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado* (CIDIP III; La Paz, 1984)⁸⁰² dispone: “La existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento (...) de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución (...)”. En ausencia de normas de DIPr convencional aplicables al caso concreto, el artículo 20 de la *LDIPV* reproduce los textos de las *Convenciones Interamericanas* antes mencionadas, sometiendo la regulación de “la existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado” al Derecho del “lugar de su constitución”⁸⁰³.

El artículo 18 *eiusdem* consagra excepcionalmente el principio *lex in favore negotii*⁸⁰⁴ respecto de la persona física incapaz legalmente, si lo considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto. Esta disposición puede ser adaptada analógicamente para subsanar la incapacidad de la persona jurídica contratante si la *lex contractus* le considera capaz (ámbito estrictamente contractual). Con la consagración del principio *lex in favore negotii* en la *LDIPV* se

⁸⁰⁰ Distinto es el factor de conexión de la norma contenida en el artículo 4 del Tratado de Derecho Civil Internacional (Montevideo, 1889) al disponer que “La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales”.

⁸⁰¹ La *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles* (CIDIP II, Montevideo, 1979) fue ratificada por Venezuela. Ley aprobatoria publicada en GORV No. 33.170 de 22 de febrero de 1985).

⁸⁰² La *Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado* (CIDIP III, La Paz, 1984) fue suscrita pero no ratificada por Venezuela.

⁸⁰³ La jurisprudencia venezolana ha aceptado —sin contrariar las calificaciones autónomas de domicilio de las personas físicas y de lugar de constitución de las personas jurídicas contenidas en la *LDIPV*— que por domicilio debe entenderse “aquello hechos o circunstancias materializadas en realidades externas que implican la vinculación entre un sujeto y un lugar determinado (...)” (Sentencia de la Corte Superior Primera Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, de 26 de mayo de 1970, en: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*; Caracas, 1970, Vol. XXVI, pp. 33-34).

⁸⁰⁴ Artículo 18 de la *LDIPV*: “La persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto”.

pretende corregir los excesos que pudieran derivarse de una ciega aplicación de la *lex domicilii*, defendiendo el posible riesgo de anulación a aquellos sujetos que, de buena fe. Hayan creído celebrar un contrato internacional con otro sujeto aparentemente capaz. Esta excepción está recogida también en normas de DIPr convencional vigentes en Venezuela sobre materias distintas que, aunque variando los términos de su aceptación, bien pudieran relacionarse con el arrendamiento financiero internacional: el artículo 1 de la *Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas* (CIDIP I; Ciudad de Panamá, 1975)⁸⁰⁵; el artículo 1 de la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques* (CIDIP II; Montevideo, 1979)⁸⁰⁶. El texto de ambos artículos es idéntico.

II. Los aspectos formales del contrato

La regulación de las formas del contrato tiene que ver sustancialmente con la regulación de su validez formal. Es decir, la solución normativa se inspira en la función o finalidad de las exigencias de forma *ad probationem* impuesta al acto jurídico⁸⁰⁷. Constituye una excepción al juego de la *lex contractus*; aunque en virtud de la amplitud que a ella se le concede tradicionalmente, pudiera pensarse de primer momento, que la regulación de los aspectos formales de la relación contractual pudiera ser también de su competencia.⁸⁰⁸ En este sentido, la disposición del artículo 12 de la *Ley Polaca sobre Derecho Internacional Privado* (1965)⁸⁰⁹ sobre la forma de los actos jurídicos. Sin embargo, tal excepción respecto de la *lex contractus* deriva de un problema de calificaciones que surge: en primer lugar, en torno a la tradicional imprecisión que ha existido entre un “acto jurídico” y un “acto instrumental” o “documento probatorio” del acto jurídico que constituye su contenido;⁸¹⁰ En segundo lugar, en la relación con ciertos elementos que, para un ordenamiento jurídico, tiene un marcado carácter formal, mientras que para otro ambas clases de actos están enmarcados en el ámbito de lo sustancial; es decir, como elementos intrínsecos del contrato que concurren a su formación; y en tercer lugar, por el contenido del

⁸⁰⁵ La *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagares y Facturas* (CIDIP I, Ciudad de Panamá, 1975) fue ratificada por Venezuela el 23 de enero de 1985. Su artículo primero dispone que “La capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída. Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte en esta Convención cuya ley considerare válida la obligación” (*Vid. Maekelt, Material de Clase...*, ob. cit., Tomo II, p. 193).

⁸⁰⁶ La *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques* (CIDIP II, Montevideo, 1979) fue ratificada por Venezuela el 14 de enero de 1983. Su artículo primero dispone que “La capacidad para obligarse por medio de un cheque se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída. Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte en esta Convención cuya ley considerare válida la obligación” (*Vid. Maekelt, Material de Clase...*, ob. cit., Tomo II, p. 202).

⁸⁰⁷ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 486.

⁸⁰⁸ Esplugues Mota, *Régimen Jurídico de la Contratación...*, ob. cit., p. 94.

⁸⁰⁹ El artículo 12 de la *Ley Polaca sobre Derecho Internacional Privado* dispone que “La forma de un acto jurídico está sometida a la ley que rige su fondo” (*Vid. Maekelt, Material de Clase...*, ob. cit., Tomo I, p. 375).

⁸¹⁰ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 485.

conjunto de normas que, en las diversas legislaciones, tienen como objeto concretar una serie de requisitos formales que ha de cumplir un acto para que tenga trascendencia jurídica.

A. La forma del contrato como acto jurídico

Tanto los textos legales internacionales vigentes en Venezuela como los instrumentos internos no contienen una calificación de lo que debe ser entendido como “forma de los actos”; a fortiori, “forma del contrato”; tal vez tratando de eludir lo que probablemente es “la más difícil y problemática cuestión de todo el Derecho Internacional Privado”⁸¹¹. Un *Informe relativo al Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales* (DOCE C 327 de 11 de diciembre de 1992) señala el apego al “principio de libertad de forma”, impulsado por el principio *favore negotii*, que sin definir positivamente lo que debe entenderse por “forma” de los actos, “puede considerarse como una forma cualquier comportamiento exterior impuesto al autor de una manifestación de voluntad jurídica y sin el cual dicha manifestación de voluntad no puede lograr una plena eficacia”⁸¹².

Enfocando nuestra atención sobre las normas de DIPr convencional vigentes en Venezuela, el artículo 180 del *CB* ordena aplicar simultáneamente “la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito”. Por su parte, el artículo 13 de la *CIDACI*⁸¹³ regula la validez formal del contrato internacional sometiendo a los requisitos establecidos alternativamente en la *lex contractus*, la *lex loci celebrationis* o a la *lex loci solutionis*, sin establecer jerarquía ni prelación en su aplicación, según las partes estén en el mismo Estado o en diferentes. Además, los requisitos de validez formal establecidos por alguno de los tres Derechos que resulte aplicable, tendrá efecto en los demás Estados vinculados con el contrato, en virtud del principio *lex favor validitatis*. En Venezuela, la determinación del Derecho aplicable a la validez formal del contrato internacional se regula mediante la norma del artículo 37º de la *LDIPV*, en concordancia con los artículos 13 de la *CIDACI* y 180 del *CB*.

Aunque los vínculos racionales entre la forma y el fondo del contrato internacional justifican ampliamente la aplicación de la *lex contractus* para regir su validez formal, no obstante surgen algunos problemas al respecto. El primero: como consecuencia del conflicto móvil

⁸¹¹ Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: Maekelt, *Ley de Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 59.

⁸¹² Giuliano y Lagarde, Informe relativo al Convenio sobre la Ley..., ob. cit., p. 19.

⁸¹³ El artículo 13 de la *CIDACI* prescribe que “Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución. Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución” (*Vid.* Maekelt, *Material de Clase...*, ob. cit., Tomo II, p. 261).

causado en cualquier momento por el cambio voluntario del Derecho elegido originalmente, voluntaria o judicialmente, por otro Derecho distinto; el artículo 8 *in fine* de la *CIDACI* dispone que “dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”. Es decir, se mantiene inalterada la “forma del contrato” consagrada en el Derecho originalmente determinado para regir el fondo del contrato. El segundo: practicado el fraccionamiento del contrato internacional, judicial o voluntariamente, la dificultad gravita sobre la determinación de cuál de los Derechos aplicables a los fragmentos del contrato deberá regir la forma del negocio. En semejante hipótesis parece razonable recurrir al principio de proximidad, aplicando el Derecho competente que rige el fondo del fragmento del contrato con el que se encuentre “más directamente vinculada” la condición de forma del litigio⁸¹⁴. Pudiera recurrirse también a los Derechos señalados alternativamente en la norma de conflicto el artículo 13 de la *CIDACI* siendo suficiente la observancia de cómo cada uno de ellos pudiera estar involucrado para resolver la dificultad planteada. Al respecto, El artículo 37° de la *LDIPV* somete la validez de un contrato, en cuanto a la forma, si cumple los requisitos exigidos, alternativamente por (1) la *lex loci celebrationis*; (2) la *lex contractus*; (3) la *lex domicilii*. Esta tercera solución permite regular la validez formal de actos unilaterales por celebrar en una etapa precontractual; por ejemplo, las ofertas del Proveedor, su aceptación o su eventual revocación.

B. El acto instrumental o documento probatorio

Este documento es el soporte material del acto jurídico *stricto sensu*. Al respecto, el artículo 172 del *CB* dispone que “La prueba de las obligaciones se sujeta, en cuanto su admisión o eficacia, a la ley que rija la obligación misma”. Es decir, a la *lex contractus* o, subsidiariamente, a la *proper law* del contrato. Pero en virtud del artículo 173 *eiusdem* “La impugnación de la certeza del lugar del otorgamiento de un documento privado, si influye en su eficacia, podrá hacerse siempre por el tercero a quien perjudique, y la prueba estará a cargo de quien la aduzca”. En casos de aplicación del DIPr venezolano, el artículo 38° de la *LDIPV* dispone que “Los medios de prueba, su eficacia y la determinación de la carga de la prueba se rigen por el Derecho que regula la relación jurídica correspondiente (...)”. Concluyendo, la admisión y eficacia de los documentos probatorios se han de sujetar a la *lex contractus* que rija, respectivamente, al convenio de suministro y al convenio de leasing.

C. Las formas publicitarias

Aunque se suele decir que la publicidad es forma, sus condiciones no se incardinan en el concepto de forma del contrato. Estas formas se prevén con el fin de delimitar la oponibilidad

⁸¹⁴ Giuliano y Lagarde, Informe relativo al Convenio..., ob. cit., p.20.

de un determinado acto o derecho frente a terceros⁸¹⁵. En otras palabras, la publicidad es un procedimiento y no una forma; porque el contrato sujeto a publicidad tiene ya una forma propia. Es decir, tiene positivamente validez formal⁸¹⁶. No obstante, es indudable que sí se puede hablar de aspectos formales de publicidad⁸¹⁷. En tal sentido, el artículo 16 de la *CIDACI* dispone que “El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquellos”. Al respecto, cabe señalar que son pocas las legislaciones nacionales que han previsto un sistema de publicidad en materia de arrendamiento financiero que se hace necesaria por tratarse de una operación que afecta bienes de equipo industriales. Sin embargo, como hemos apuntado en un epígrafe anterior, las partes contratantes pueden, en virtud del principio de libertad de formas en materia contractual, darle seguridad y precisión al contrato de arrendamiento financiero subordinando su existencia al otorgamiento de escritura pública o privada en razón de la importancia que tienen los intereses económicos comprometidos en esta operación. A todo evento, como apuntaremos más adelante, se hace necesaria la publicidad registral de la garantía real mobiliaria que es consustancial con el arrendamiento financiero mobiliario internacional.

III. La existencia del consentimiento

En la formación del contrato, que no su validez, este es un asunto cuya regulación material está dirigida a la determinación de los efectos jurídicos del silencio de las partes o de una de ellas en la formación del consentimiento. El “silencio” no se integra al concepto de voluntad tácita pero ofrece valor de consentimiento por ministerio de la Ley al existir ordenamientos jurídicos que consideran al silencio como generador de efecto vinculante ante la recepción de ofertas o declaraciones de la otra parte contratante⁸¹⁸. Un claro ejemplo lo aporta el artículo 18(1) de la *COVI*⁸¹⁹ al disponer que al admitir una solución de “aceptación tácita” de la oferta prescribiendo al mismo tiempo que “(...) el silencio o la inacción, por sí solos no constituirán aceptación”.

En el ámbito de aplicación de normas de DIPr convencional vigentes en Venezuela, el párrafo segundo del artículo 12 de la *CIDACI*⁸²⁰ dispone que “(...) para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando

⁸¹⁵ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 486.

⁸¹⁶ Messineo, *Doctrina General...*, ob. cit., Tomo I, p. 342.

⁸¹⁷ Nood Taquela, *Convención Interamericana...*, ob. cit., p. 113.

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 113.

⁸¹⁹ Artículo 18.1 de la *COVI*: “Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación”.

⁸²⁰ Párrafo segundo del artículo 12 de la *CIDACI*: “(...) para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”. Tanto la *CIDACI* como la *COVI* tienden a resolver la cuestión sobre el alcance del silencio de una de las partes contratantes, en relación con la formación del contrato internacional. En el contexto, la frase “una parte” puede referirse, según sea el caso, tanto a quien hace la oferta como al destinatario de la misma. Por su parte, el *Código Bustamante* no contiene una norma que regule expresamente la existencia del consentimiento; pero su artículo 177 indica aplicar la ley territorial y no la *lex voluntatis* a la validez sustancial del contrato⁸²¹.

IV. Los derechos reales de las partes contratantes

Anteriormente hemos hecho referencia al Derecho que debe ser aplicado al acuerdo de garantía real, basado en la propiedad privada, que es intrínseco al arrendamiento financiero mobiliario internacional; porque la arrendadora es propietaria del bien de equipo durante la ejecución del convenio de leasing⁸²², al tiempo que el Usuario ejerce la propiedad económica del bien. Al respecto, se ha observado la tendencia a subordinar la oponibilidad, frente a terceros, de los derechos de garantía mobiliaria previa inscripción registral o mediante constancia por escrito con fecha cierta anterior a la entrega de la cosa al deudor, en virtud del principio de inscripción⁸²³. Tal situación ya había sido observada en Venezuela respecto del arrendamiento financiero⁸²⁴. Luego, es procedente analizar los derechos reales que pueden ejercer las partes que intervienen en dicha operación.

A. Los derechos reales de la Arrendadora

Estos son los derechos que la empresa de leasing puede ejercer en virtud de ser propietaria jurídica del equipo mientras que el Usuario esté en ejercicio de la propiedad económica de

⁸²¹ Artículo 177 del *CB*: “Se aplicará la ley territorial al error, la violencia, la intimidación y el dolo, en relación con el consentimiento”.

⁸²² Cabe tener en cuenta que las garantías mobiliarias sin desplazamiento pueden dividirse, según el Derecho comparado, en dos grandes grupos: las basadas en el derecho de prenda y las que utilizan la propiedad con fines de garantía (*Vid.* Bouza Vidal, *Las Garantías Mobiliarias...*, ob. cit., p. 245). Las primeras son objeto de regulación imperativa. En Venezuela, éstas son reguladas por la *Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión*.

⁸²³ El *Proyecto de Garantías Mobiliarias* mejicano, elaborado por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), dispone en su artículo 14 que “La garantía mobiliaria a que se refiere esta Ley se perfecciona y surte efectos respecto a terceros desde el momento de inscripción del formulario registral correspondiente” (Fuente: Resumen Comparativo entre el *Proyecto SICOFI* y la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* (CIDIP VI), en: *Material de apoyo del Seminario sobre Garantías Mobiliarias* dictado por el profesor Leonel Pereznieto en el Centro de Estudios de Postgrado de la FCJPUCV, Caracas, 17 a 21 de Mayo de 1999, p. 25). La *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* (CDIP VI/RES. 5/02) dispone en su artículo 35 que “La garantía mobiliaria a la que se de publicidad mediante su inscripción en el Registro será oponible frente a terceros desde el momento de su inscripción” (*Vid.* *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*, en: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2002, No. 11, 2002, pp. 167-187; esp. p. 178).

⁸²⁴ Edgar Para Bortot, Edgar, Consideraciones legales sobre el leasing, en: *Revista de la Bolsa de Comercio de Venezuela*, 1972, No. 67, p. 44.

dicho bien mueble. Tales derechos reales deben ser legitimados por una garantía mobiliaria intrínseca a la operación de arrendamiento financiero. El “derecho real de garantía”⁸²⁵ obedece a un imperativo esencialmente transnacional, en el sentido de que sea la operación de arrendamiento financiero la que constituya la garantía de su propio financiamiento⁸²⁶. El reconocimiento y eficacia de las garantías mobiliarias extranjeras se regulan por la Ley de la situación del bien (*lex rei sitae*)⁸²⁷; tomando en cuenta que la concretización de este factor de conexión está sujeta al desplazamiento de bienes a ser exportados por el Proveedor. La *lex futuri situs* es siempre la del establecimiento del Usuario quien ha de ejercer la propiedad económica del bien. Esto hace que la *lex rei sitae* actual⁸²⁸ rija el contenido y la validez de la propiedad que garantiza el ejercicio de los derechos reales mobiliarios que corresponden a la Arrendadora.

En el ámbito de aplicación del DIPr venezolano, la *lex rei sitae* está consagrada en el artículo 27° de la *LDIPV* que dispone: “La constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales sobre los bienes se rigen por el Derecho del lugar de la situación”. Luego, la *lex rei sitae* actual rige el reconocimiento⁸²⁹ y la eficacia de la garantía mobiliaria extranjera que protege a la Arrendadora contra todo atentado al libre ejercicio de los derechos sobre el bien de su propiedad. Tales atentados pudieran surgir: (1°) por la actuación del Usuario; (2°) de diversos actos independientes a él. El primero de estos supuestos considera la presencia de un tercero con interés o titularidad sobre el bien afectado (ejemplo: el Usuario vende el equipo a un tercero que alega ser su propietario). En tal caso, a la *lex rei sitae* actual le corresponde

⁸²⁵ La denominación “derecho real de garantía” ha sido sugerida por UNCITRAL para hacer referencia tanto a los derechos reales de garantía consensuales como a los no consensuales (creados por ley o por decisión judicial). También se sugirió que dicha denominación se definiera como derecho de propiedad (Vid. UNCITRAL: *Garantías Reales*, en: *Informe del Coloquio Internacional UNCITRAL - CFA sobre las operaciones garantizadas*, Viena, 20 a 22 de Marzo de 2002 (A/ CN.9/WG. VI/ WP.3).

⁸²⁶ Affaki, Georges, Les suretés dans le négoce international, en: *Journal du Droit International*, 2000, No. 3, pp. 645-708, esp. pp. 648-649.

⁸²⁷ No obstante, el profesor de la Universidad de Würzburg Karl Kreuzer (La reconnaissance des suretés mobilières conventionnelles étrangères, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995, No. 3, T. 84, pp. 465-505, esp. p. 491) ha comentado que algunos eminentes autores, entre los que se cuenta el profesor Erik Jayme de la Universidad de Heidelberg (Transposition und Parteiwille bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten, en: *Festschrift für R. Serick zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1992, pp. 241 ss.), han expresado su simpatía por la autonomía de las partes como un medio de resolver el problema de las garantías mobiliarias migrantes al menos en lo que concierne a las transacciones internacionales. Propone que sea mediante la elección directa del derecho aplicable (Vid. Jayme, Transposition..., ob. cit., p. 241); o bien mediante la designación indirecta por la extensión a las garantías mobiliarias de la *lex contractus*, susceptible de ser designada por las partes (Vid. Drobnig, U., The Recognition of Non-possessory Security Interest Created Abroad in Private International Law, en: *General Reports to the 10th. International Congress of Comparative Law*, Budapest, 1978, Budapest, Péteri/Lamb (ed.), 1981, p. 309). La ley de la autonomía tiene la innegable ventaja de evitar el conflicto móvil (Vid. Kreuzer, La reconnaissance..., ob. cit., p. 491).

⁸²⁸ Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, ob. cit., p. 227.

⁸²⁹ El profesor Karl Kreuzer (La reconnaissance des suretés mobilières..., ob. cit., pp. 465-466) ha afirmado que la problemática del reconocimiento de las garantías mobiliarias convencionales (*lato sensu*) extranjeras sin desposesión no pueden ser resueltas por una reglamentación indirecta, es decir, por reglas de conflicto (nacionales o uniformes). Esto es el resultado de las divergencias fundamentales en las reglamentaciones materiales pertinentes, especialmente en materia de publicidad, en los distintos derechos nacionales; siendo muy frecuente el no reconocimiento de garantías extranjeras incompatibles con el sistema de garantías internas. Una única garantía comunitaria (o transnacional) permitiría la movilidad trasfronteriza de las garantías mobiliarias.

determinar la oponibilidad de la garantía real frente al tercero; aunque se hubiese constituido válidamente en el extranjero. Deben ser tomadas en cuenta las diferencias existentes entre las regulaciones sobre adquisición a *non domino* en los diversos sistemas jurídicos⁸³⁰. El segundo supuesto concierne a la suerte del derecho real ante un procedimiento concursal. Tal situación podría presentarse por la quiebra de la Arrendadora o por la quiebra del Usuario. En relación a la primera hipótesis, un sector de la doctrina española ha afirmado que la importante intervención administrativa en las arrendadoras determina el carácter extraordinario de la quiebra de las mismas⁸³¹.

En Venezuela, la quiebra de la Arrendadora está regulada en la *LGBOIF*⁸³². Pero no debe confundirse esta cuestión con la suerte que ha de seguir el derecho real de la Arrendadora, para lo cual habría que considerarse la cuestión relacionada con la protección de la posesión mobiliaria; en particular con el ejercicio de la opción de compra del Usuario al término del contrato. Sobre la quiebra del Usuario, la eficacia de la garantía real de la Arrendadora depende de diversos supuestos que conllevan al planteamiento de algunas dificultades específicas respecto de la oponibilidad del derecho real, relacionadas con la aplicación de la *lex rei sitae* y la *lex concursus*⁸³³.

En el ámbito de aplicación del Derecho uniforme, el párrafo 1 del artículo 7 *CULFI* prevé la oponibilidad de los derechos reales de la Arrendadora frente a terceros acreedores del Usuario fallido. A tal efecto, deberán cumplirse, a tenor del párrafo 2 del artículo 7 *eiusdem*, las normas sobre publicidad de conformidad con el Derecho aplicable a los derechos reales sobre el bien. Tal solución está sujeta a diversas circunstancias que permiten determinar el

⁸³⁰ En los ordenamientos jurídicos de *Civil Law* (con ciertas variantes según los sistemas jurídicos) las adquisiciones a *non domino* siguen la vieja máxima procedente del Derecho alemán, de conformidad con el cual en materia de muebles posesión vale título (*en fait de meuble possession vaut titre*). En el ordenamiento jurídico venezolano, el artículo 794 del *CCV* señala que “Respecto de los bienes muebles por su naturaleza (...) la posesión produce, a favor de terceros de buena fe, el mismo efecto que el título”. Esta regla permite a terceros adquirentes de buena fe poner en peligro el derecho del propietario desposeído. Contrariamente, los ordenamientos jurídicos de *Common Law* siguen el adagio “nadie puede transmitir un título del que carece” (*nemo dat quod non habet*) el cual reconoce, en principio, al propietario desposeído el derecho de hacer valer su titularidad con respecto al tercero adquirente (*Vid. N. Bouza Vidal, Las garantías mobiliarias...*, ob. cit., pp. 22 ss.).

⁸³¹ Sánchez Parodi, José L., *Leasing Financiero Mobiliario*, Madrid, Ediciones Montecorvo, 1989, p. 274. En España, estas instituciones están sujetas al control del Banco de España y, como tales, pueden ser intervenidas en los términos previstos en el Título III de la *Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*. Los preceptos de esta Ley se anticipan a los de una futura Ley concursal en el propósito de permitir la previncencia de las entidades de crédito que atraviesan una situación de crisis patrimonial. (*Vid. Villar Uribarri, Régimen Jurídico...*, ob. cit., p. 187).

⁸³² El artículo 382 de la *LGBOIF* excluye a la Arrendadora del beneficio de atraso y del procedimiento de quiebra establecidos en el *COCOV*. Su estatización, intervención, rehabilitación o liquidación se efectuará de acuerdo con lo previsto en el artículo 381 de la *LGBOIF*. Su liquidación administrativa procederá de acuerdo con los supuestos dictados en el artículo 397 de la *LGBOIF* y la prelación en el pago de las obligaciones se establecerá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la *LGBOIF*.

⁸³³ Concretamente, en relación con la eficacia de las garantías mobiliarias sin desplazamiento ante un procedimiento concursal, *Vid. Bouza Vidal, Las garantías mobiliarias...*, ob. cit., pp. 229-243.

Derecho aplicable en función de la naturaleza de los bienes⁸³⁴. En primer lugar, la norma señala que para los buques y aeronaves matriculados a nombre de su propietario se aplicará el Derecho del Estado donde están matriculados (literales a y b del párrafo 3 del artículo 7 *eiusdem*). Respecto de otros bienes de equipo, se aplicarán los literales c y d del párrafo 3 *eiusdem*. Estas disposiciones sugieren la posibilidad de que el Usuario pueda desplazar el equipo dado en leasing de un país a otro (con o sin el consentimiento de la Arrendadora) originando lo que se conoce en DIPr como “conflicto móvil”⁸³⁵.

Al respecto, la norma contenida en el artículo 28º de la *LDIPV* regula el conflicto móvil que gravita sobre los derechos reales mobiliarios derivado del desplazamiento de los bienes muebles de un país a otro.⁸³⁶ Dicha norma se sustenta en la teoría de los derechos adquiridos (*vested rights*) como criterio de solución para los problemas de sucesión en el espacio de leyes diversas para regir un determinado bien mueble. En este sentido, la norma venezolana reconoce la validez o la creación del derecho real de la Arrendadora por el Derecho que perfecciona el título de propiedad jurídica, pero condiciona su oponibilidad frente a terceros al cumplimiento de los requisitos exigidos por la *lex rei sitae* actual, que en la práctica suele coincidir con la *lex fori*. Particularmente, en materia de prescripción (adquisitiva y extintiva) de bienes muebles, rigen las disposiciones contenidas en los artículos 227 a 231 de *CB*.

B. Los derechos reales del usuario

Estos derechos no son más los establecidos sobre la posesión y el uso del bien de equipo que deben ser protegidos contra la intervención de terceros que pudieran obstaculizar el ejercicio de su propiedad económica. En virtud de tales derechos, el Usuario tiene ciertas prerrogativas, especialmente si puede ejercer acciones que le son reconocidas a la Arrendadora en su

⁸³⁴ El Proyecto Preliminar de la *Convención de Unidroit sobre Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles* (*International Interest in Mobile Equipment*) se limita a calificar Equipos Móviles, en el artículo 1(j), como “a mobile object of a category listed in Article 3”, sin hacer distinción expresa entre “bienes muebles” y “equipos móviles”. El artículo 3 de este Proyecto Preliminar señala que “This Convention applies in relation to a mobile object, and associated rights relating to a mobile object, of any of the following categories: (a) airframes; (b) aircraft engines; (c) helicopters; (d) registered ships; (e) oil rigs; (f) containers; (g) railway rolling stock; (h) space property; (i) objects of any other category each member of which is uniquely identifiable” (Vid. *UNIDROIT, Study LXXII- Doc. 42, Rome, July 1998*). A partir de esta clasificación se puede observar que, si bien los objetos enumerados en el artículo 3 son bienes muebles por su naturaleza, no todos los “bienes muebles” son “equipos móviles”. Además, a partir de dicha clasificación de *mobile objects* señalada en dicho artículo, se puede deducir que “equipos móviles” son todos aquellos bienes de manufactura compleja y de muy alto valor monetario, cuya finalidad es la de estar en constante desplazamiento.

⁸³⁵ Se atribuye al profesor Etienne Bartin la creación del término conflicto móvil (Vid. Bartin, Etienne, *Principes du droit international privé*, Paris, 1935, Tomo I, pp. 139 ss.). Dicho término se utiliza para definir aquellas situaciones producidas en virtud de un cambio del elemento fáctico o jurídico de naturaleza mutable que integra el factor de conexión de una norma de conflicto (Vid. Fernández-Rosas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho Internacional Privado*..., ob. cit., p. 352).

⁸³⁶ Artículo 28 de la *LDIPV*: “El desplazamiento de bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior. No obstante, tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros, después de cumplidos los requisitos que establezca al respecto, el Derecho de la nueva situación”.

cualidad de propietaria. Al respecto, el artículo 121 del *CB* dispone que “La posesión y sus efectos se rigen por la ley local”. Pero, la calificación de las medidas de protección judicial de la posesión del Usuario corresponderá a la *lex fori*. Al punto, el artículo 123 del *CB* prescribe que “se determinan por la ley del tribunal los medios y trámites utilizables para que se mantenga en posesión el poseedor inquietado, perturbado o despojado a virtud de medidas o acuerdos judiciales o por consecuencia de ellos”. En relación con los bienes muebles en tránsito, la tendencia general es someter el ejercicio de los derechos reales al Derecho del Estado de destino.

En tal sentido, el artículo 3097 *in fine* la ley que contiene la *Reforma del Libro Décimo del nuevo Código Civil de la Provincia de Quebec* (18 de diciembre de 1991) dispone que “(...) los derechos reales sobre bienes en tránsito están regidos por la Ley del Estado del lugar de su destinación”. Por su parte, el artículo 100.2 de la *Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado* dispone que “el contenido y el ejercicio de derechos reales mobiliarios están regidos por el Derecho del Estado de destino”. Desde la perspectiva del *Law and Economics*, la aplicación de la Ley del destino es eficiente porque no implica una inseguridad jurídica para la Arrendadora, a quien corresponde exigir una diligencia en orden a constituir una garantía que pueda ser eficaz en el Estado de destino. Se persigue así la unificación del régimen jurídico respecto del reconocimiento y la oponibilidad de la garantía en el país de destino⁸³⁷.

En referencia con la cuestión relacionada con la protección de la opción de compra del Usuario al final del contrato de arrendamiento financiero, pudiera decirse que se trata de un derecho real del Usuario. Sobre todo si esta opción ha sido garantizada por la publicidad prevista para el leasing, tal como lo dispone la *Ley Helénica N° 1665* de 1986⁸³⁸. En tal caso, dicho derecho se registrará por la *lex rei sitae* si el bien mueble no está en tránsito. En caso de quiebra de la Arrendadora, el Usuario podría hacer valer el derecho a adquirir el bien contra la masa de acreedores según las modalidades de la *lex rei sitae*. Pero en vista que este derecho del Usuario depende del síndico para la continuación o no del contrato de leasing, la *lex concursus*, que también rige esta cuestión, aplica igualmente. En caso de estar previsto la rescisión del contrato como consecuencia de la quiebra, el ejercicio de la opción de compra por el Usuario desaparece con el contrato⁸³⁹.

C. Los derechos reales del Proveedor

Esta materia constituye una cuestión con cierta particularidades que no se incardinan en la naturaleza del arrendamiento financiero. Por consiguiente, en la mayoría de los casos en los que se originan garantía reales mediante técnicas distintas a la reserva de dominio, suele

⁸³⁷ Sánchez Lorenzo, *Garantías reales...*, ob. cit., pp. 114 y 115.

⁸³⁸ Voulgaris, *Le Crédit-Bail (Leasing)...*, ob. cit., p. 371.

⁸³⁹ *Ibidem*, pp. 371-372.

imponerse la *lex rei sitae*. Lo mismo podría decirse de la *lex concursus* respecto de la quiebra del Usuario o de la Arrendadora. La reserva de dominio en el convenio de suministro vincula solamente al Proveedor y a la Arrendadora, afectando al bien mueble en la medida en que éste permanezca identificable. Goza de un título de adquisición contractual que debe ser válido conforme a la *lex contractus* y no a la *lex rei sitae*; aunque la solución sea diferente en los diversos ordenamientos jurídicos. Pero no debe perderse de vista que estos derechos reales podrían entrar en conflicto con los derechos reales del usuario, particularmente en relación con la opción de compra del bien o a su posesión pacífica y uso productivo.

Tales conflictos son indiscutiblemente de la incumbencia de la *lex rei sitae* al momento en que surgen, porque conciernen a la oponibilidad de los derechos reales frente a terceros. Tal sería el caso de una operación de arrendamiento financiero que no haga mención de garantías u otros derechos reales preexistentes sobre el bien mueble y que sea objeto de publicidad registral según las exigencias de la *lex rei sitae*. Tales garantías y derechos reales pudieran ser oponibles respecto de la Arrendadora, en calidad de compradora en el convenio de suministro, o de la masa de sus acreedores según las reglas del *situs* que consideraran que aquellas gozan de la misma protección reconocida a un adquirente a *non domino*⁸⁴⁰.

V. Cuestiones reguladas imperativamente

Respecto de las relaciones que surgen entre las partes que intervienen en una operación de arrendamiento financiero, existen algunas que, sin ser de naturaleza real, son reguladas imperativamente mediante normas de aplicación necesaria que constituyen límites sustantivos a sus actuaciones destinadas, principalmente, a la protección del Usuario en tanto que parte económicamente más débil, frente al poder de negociación exorbitante del que dispone la Arrendadora. Estas cuestiones pueden surgir tanto en un leasing para el consumo como en un leasing para la producción⁸⁴¹. En efecto, en la práctica, este contrato se inscribe dentro de los contratos por adhesión por lo que sus cláusulas generales las impone la Arrendadora al Usuario, aunque el arrendatario tenga la cualidad de Consumidor. Tal restricción a la libertad para negociar es

⁸⁴⁰ Voulgaris, *Le Crédit-Bail (Leasing)*..., ob. cit., p. 372.

⁸⁴¹ La normativa contenida en el artículo 5 del *CLAR80* proporciona una caracterización de contratos celebrados con consumidores (*consumers contracts*). Tienen por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que puede ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros. Por su parte, la *Convención de Viena de 1980* no es aplicable—en virtud del artículo 2(a) de la *COVI*— a la compraventa de mercaderías destinadas al uso personal, familiar o doméstico. En Venezuela, la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU)* considera que son consumidores y usuarios “(...) las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen. No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes, sin ser destinatarios finales, adquieran, almacenen, usen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación y comercialización” (artículo 2 de la *LPCU*).

considerada contraria a los principio jurídicos consagrados en las legislaciones nacionales⁸⁴². Por esta razón no suele distinguirse si dicho contrato es doméstico o internacional, a efectos de las sanciones que pudieran ser aplicables. Por otra parte, existen cuestiones que no conciernen a la libertad de negociar sino que apuntan a ciertos derechos de las partes cuya existencia es considerada, por algunas legislaciones, como es esenciales para el buen funcionamiento del arrendamiento financiero.

La aplicación necesaria de normas imperativas (normas de policía o normas de aplicación necesaria) es ordenada por diversas fuentes del DIPr venezolano. En primer lugar, el artículo 11 de la *CIDACI* dispone que “(...) se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos más estrechos”. En defecto de normas de DIPr convencional, el artículo 10º de la *LDIPV* dispone que “(...) se aplicarán las necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos”. La *Ley de Derecho Internacional Privado* venezolana no considera la posibilidad de tener en cuenta las disposiciones imperativas de aplicación necesaria contenidas en Derechos extranjeros vinculados estrechamente con el contrato. En segundo lugar, en el Derecho interno venezolano, el artículo 1º de la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario* dispone que su objeto es “la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (...) así como establecer los ilícitos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones”.

En el ámbito de aplicación del Derecho uniforme, según el párrafo 5 del artículo 13 de la *CULFI* la Arrendadora no podrá ejercer su derecho a cobrar al usuario las cuotas no vencidas (*accelerated payment of future rentals*) por causa de “incumplimiento sustancial”⁸⁴³ del usuario a menos que le haya concedido una oportunidad razonable para remediar dicho incumplimiento; siempre que éste sea posible. Además, el párrafo 6 del artículo 13 *eiusdem* no autoriza a la Arrendadora a solicitar la devolución del bien hasta no haber agotado todas las medidas razonables que conduzcan a mitigar su pérdida. De esta manera, tales disposiciones acogen medidas de protección a los intereses del Usuario que es la parte más débil en un contrato por adhesión.

⁸⁴² Las Cortes en Estados Unidos de Norteamérica han rechazado el criterio de “*superiority bargaining power*” en relación a transacciones comerciales, aunque lo admiten generalmente en contratos celebrados con consumidores (*Vid. Boggiano, International Standard...*, ob. cit., p. 42).

⁸⁴³ La noción de “incumplimiento sustancial” no está definida en la *Convención de Unidroit sobre leasing financiero internacional* (Ottawa, 1988).

VI. Cuestiones de Derecho público

La complejidad del arrendamiento financiero internacional origina también cuestiones de Derecho público que son regidas imperativamente y provocan la intervención de órganos territoriales capacitados para ejercer la autoridad pública; haciendo abstracción de la voluntad privada. Primero: en virtud del artículo 2 de la *LGBOIF* las arrendadoras financieras están sujetas a la inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y a su “normativa prudencial”.⁸⁴⁴ También están sujetas a los reglamentos que dicte el Ejecutivo Nacional y a las resoluciones y normativa prudencial del Banco Central de Venezuela. El artículo 11(1) *eiusdem* dispone que para la obtención de la autorización de funcionamiento, las arrendadoras financieras deberán estar constituidas bajo la exclusiva forma de Compañía Anónima, con acciones nominativas de una misma clase, las cuales no podrán ser convertibles al portador. Los artículos 117 y 118 *eiusdem* establecen su objeto de realizar de manera habitual y regular operaciones de arrendamiento financiero y el capital mínimo pagado en efectivo.

El artículo 125 *eiusdem* enumera taxativamente las prohibiciones inherentes a su funcionamiento. El artículo 123 *eiusdem* dispone que son responsabilidades exclusivas del arrendatario (el usuario) aquellas que estén establecidas en otras leyes a cargo del propietario del bien [se supone propietario económico] en casos de accidentes, daños a terceros o utilización inadecuada del mismo. Dispone además que las operaciones de arrendamiento financiero no estarán sometidas a la *Ley de Arrendamientos Inmobiliarios* ni a las disposiciones legales sobre arrendamiento establecidas en otras leyes. Segundo: el artículo 7 de la *Ley de Impuesto sobre la Renta*⁸⁴⁵ somete al régimen impositivo tanto a las empresas de leasing en su condición de Compañía Anónima como a los usuarios; bien sea en calidad de consumidores (personas naturales) o como sociedades mercantiles de cualquier configuración. El artículo 9 *eiusdem* dispone que las sociedades extranjeras pagarán impuestos por todos sus enriquecimientos netos, cualquiera sea la forma que revistan.

Tercero: el parágrafo 1º del artículo 5 de la *Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado*⁸⁴⁶ dispone que son contribuyentes ordinarios de este impuesto “las empresas de arrendamiento financiero y los bancos universales, ambos regidos por el Decreto N° 1.526 con fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (...) en calidad de prestadores de servicios, por las operaciones de arrendamiento financiero o leasing, sólo sobre la porción de

⁸⁴⁴ A los efectos de la norma contenida en el artículo 2 de la *LGBOIF*, “(...) se entiende por normativa prudencial emanada de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, todas aquellas directrices e instrucciones de carácter técnico contable y legal de obligatoria observancia dictadas, mediante resoluciones de carácter general, así como a través de las circulares enviadas a los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras y demás empresas sometidas a su control”.

⁸⁴⁵ GORBV No. 5.566 Extraordinario de 28 de diciembre de 2001 y GORBV No. 37.660 de 28 de marzo de 2003.

⁸⁴⁶ GORBV No. 5.601 Extraordinario de 30 de agosto de 2002 y GORBV No. 37.677 de 25 de abril de 2003.

contraprestación o cuota que amortiza el recio del bien, excluidos los intereses en ella contenida”. Cuarto: el artículo 1 de la *Ley de Impuesto a los Activos Empresariales*⁸⁴⁷ prescribe que “cuando se trate de bienes objeto de contratos de arrendamiento financiero celebrados con empresas regidas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, el arrendatario será el contribuyente del impuesto establecido por esta ley”. Quinto: En materia aduanera, la internacionalidad del arrendamiento financiero mobiliario supone operaciones de importación sobre bienes de equipo fabricados o situados en el extranjero, que serán utilizados por un Usuario establecido en Venezuela. Surgen así las peculiaridades del denominado “leasing e importación” que suele estar condicionado por permisos oficiales por lo que requieren una seria de contactos con la Administración Pública. Al respecto, el artículo 1º de la *Ley Orgánica de Aduanas*⁸⁴⁸ dispone que “Los derechos y obligaciones de carácter aduanero y las relaciones jurídicas derivadas de ellos, se regirán por las disposiciones de esta Ley y su Reglamento así como por las normas de naturaleza aduanera contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por la República (...)”. En virtud del artículo 6 *eiusdem* “La potestad aduanera es la facultad de las autoridades para (...) ejercer los privilegios fiscales, determinar los tributos exigibles (...) y en general, ejercer los controles previstos en la legislación aduanera nacional”.

Por último: vinculado a las relaciones que surgen del leasing de importación, el artículo 1 del *Reglamento sobre la Inspección o Verificación previa a las Importaciones*⁸⁴⁹ dispone que “Este Reglamento tiene por objeto establecer el procedimiento para obtener el informe de inspección o verificación de las mercancías⁸⁵⁰, en el país de origen o exportador, previo a la importación, al Territorio Nacional”. A los efectos de este Reglamento, el artículo 2 *eiusdem* define “Informe de Inspección o Verificación: el informe emitido por cualquiera de las Empresas autorizadas a tal efecto, en el país de exportación u origen, por medio del cual se deja constancia de la comprobación de la denominación, naturaleza, cantidad y precio de la mercancía que va a ser objeto de la operación de importación, así como la ubicación arancelaria de la misma”. El artículo 14º *eiusdem* dispone: “Quedan exceptuadas del régimen de Inspección o Verificación: (a) Las mercancías objeto de importación cuyo valor FOB sea menor al equivalente en

⁸⁴⁷ GORV No. 4.654 Extraordinario de 1 de diciembre de 1993 y GORV No. 4.834 Extraordinario; de 30 de diciembre de 1994. En virtud de esta Ley, “Se crea un impuesto que pagará toda persona jurídica o natural comerciante sujeta al impuesto sobre la renta, sobre el valor de los equipos tangibles e intangibles de su propiedad, situados en el país o reputados como tales, que durante el ejercicio anual tributario correspondiente a dicho impuesto, estén incorporados a la producción de enriquecimientos provenientes de actividades comerciales, industriales, o de explotación de minas e hidrocarburos y actividades conexas” (artículo 1º de la *LLAE*).

⁸⁴⁸ GORV No. 5.353 Extraordinario de 17 de junio de 1999.

⁸⁴⁹ GORBV No. 37.562 de 4 de noviembre de 2002.

⁸⁵⁰ En virtud del artículo 2 del *RIVPI*, se entiende por Informe de Inspección o Verificación “El informe emitido por cualquiera de las Empresas autorizadas a tal efecto, en el país de exportación o de origen, por medio del cual se deja constancia de la comprobación de la denominación, naturaleza, cantidad y precio de la mercancía que va a ser objeto de la operación de importación, así como la ubicación arancelaria de la misma”.

bolívars a cinco mil dólares de Estados Unidos de América (US \$ 5.000) o su equivalente en otras monedas (...). Este valor mínimo puede ser modificado a través de Resolución emitida por el Ministerio de Finanzas”.

Conclusiones

Indudablemente, el leasing financiero mobiliario internacional constituye un medio de financiación utilizable por el empresario productor venezolano para adquirir bienes de capital (bienes de equipo) de avanzada tecnología, que lo capaciten para competir libremente en el ámbito del comercio internacional. Para contribuir al logro de este desiderátum, los operadores económicos y jurídicos deben disponer de una referencia legal expresa que les garanticen seguridad, previsibilidad y certeza en el marco de la contratación mercantil internacional. Pero contrario a como ha ocurrido en otros países, por ejemplo: Colombia, Argentina o Argelia, por mencionar sólo algunos; Venezuela no dispone de institucionalización normativa sobre el contrato de arrendamiento financiero internacional que discipline los diversos aspectos de esta compleja operación. La escasa reglamentación jurídica que existe sobre la actividad de intermediación financiera se refiere a las arrendadoras financieras cuyo objeto es realizar de manera habitual y regular operaciones de arrendamiento financiero. Se ha dicho muchas veces que el Derecho ofrece a nacionales y extranjeros un cierto grado de previsibilidad y certeza jurídicas que garantice a todos la libre dedicación a la actividad económica de su preferencia en el marco de las limitaciones legales previstas que puede ser mayor o menor según el tipo de reglas y las cualidades del interprete. Tal afirmación debe constituir el sustrato de un estatuto rector de las relaciones mercantiles que conforman la complejidad del contrato de arrendamiento financiero internacional, a pesar de la divergencia espacial de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por lo tanto, no es difícil entender los riesgos e incertidumbres que puedan surgir en el ámbito de aplicación del DIPr venezolano, que no son superadas totalmente por la acuciosidad de las partes contratantes respecto de la elección del Derecho competente aplicable a los convenios de suministro y de leasing.

Tales riesgos e incertidumbres tampoco son superados en el ámbito del Derecho uniforme a pesar de los aportes de *Unidroit* mediante la *Convención sobre Leasing financiero Internacional* (Ottawa, 1988) y los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (Roma, 1994). Tal situación parece reflejar una realidad de ineficacia normativa internacional que ha motivado la búsqueda de soluciones económicas y jurídicas plasmadas en un instrumento normativo que están reclamando los operadores económicos, en virtud de la vocación internacional del arrendamiento financiero planteada en el primer capítulo de este trabajo de tesis. Dicho reclamo está relacionado con ciertas medidas de orden económico que tienen que ver con los siguientes aspectos, entre otros: Primero: para concluir operaciones de

arrendamiento financiero no calificadas de internacionales, las arrendadoras se han visto en la necesidad muy frecuente de establecer filiales o sucursales en el país del Usuario.

Por lo tanto, han de quedar sometidas a la normativa legal vigente en ese país. En consecuencia, los litigios que pudieran surgir respecto a una negociación que las vincule deberán ser conocidos por los tribunales de ese país en virtud de que *forum = f(ius)*. Segundo: según que el bien sea utilizado particularmente en la actividad productiva del Usuario, debe excluirse expresamente el leasing para el consumo en la descripción que se haga de las partes que intervienen en la operación de arrendamiento financiero. Tercero: la exclusión expresa de otras figuras afines al arrendamiento financiero, tal como lo prescribe la *LGBOIF* al señalar la no aplicabilidad del último aparte del artículo 1,579 del *CCV* en relación con la venta a plazo.

En cuanto a las disposiciones jurídicas cuya aplicación, en el ámbito del comercio internacional, tienda a garantizar cierta previsibilidad y certeza a las partes contratantes, observamos lo siguiente: Primero, en materia de Derecho aplicable al fondo del contrato de arrendamiento financiero internacional, el sistema de DIPr venezolano dispone de un sistema prelativo de fuentes normativas de donde brotan, en primer lugar, las normas de DIPr convencional emanadas de la *CIDACI* y del *CB*; en su defecto, las normas de DIPr autónomo venezolano contenidas en la *LDIPV* sin perder de vista la eventual aplicación de las normas materiales especiales contenidas en la *LGBOIF*; las normas de Derecho uniforme, “aplicables cuando corresponda”, contenidas en la *CULFI* y en los *PUCCI*.

Estos textos normativos reconocen fundamentalmente la voluntad de las partes y la autonomía conflictual mercatoria como criterios determinantes del Derecho aplicable al fondo de las obligaciones contractuales; en su defecto consagran, subsidiariamente, el principio de proximidad o de los vínculos más estrechos como la solución más conveniente y efectiva entre las obligaciones y el Derecho competente. Segundo, En relación con el carácter adhesivo del arrendamiento financiero, el *CB* prescribe, en relación con los contratos por adhesión, la aplicación presunta del Derecho que los ofrece o prepara, a falta de voluntad expresa o tácita. Al punto, debe observarse el control de las CGC que, con la finalidad de mantener cierta simetría en los beneficios que las partes esperan obtener, garanticen el éxito de la operación y el grado de previsibilidad y certeza deseado ante toda eventualidad. De suyo, las CGC en el arrendamiento financiero cumplen una función económica que no se puede desconocer al contribuir eficientemente a la reducción de los costos de la negociación de los contratos. Sin embargo, su carácter de contenido contractual otorga a las Arrendadoras un cierto poder normativo que tiende a oscurecer, en mayor o menor grado, la voluntad contractual como entidad químicamente pura; al margen de que el contrato sea un instrumento de autoregulación de intereses económicos que nace de la iniciativa privada pero que también exige una gran dosis de justicia derivada del control jurídico.

Por lo tanto, un instrumento normativo del leasing financiero, tanto interno como internacional, debe contener disposiciones que se aproximen hacia la protección de la autonomía de a voluntad y, a fortiori, la concurrencia perfecta de voluntades; toda vez que ni el *CCV* ni el *COCOV* contienen norma alguna destinada a controlar la validez y eficacia de las CGC. Apenas, algunas leyes especiales contienen ciertos controles respecto de su compatibilidad con las normas imperativas o con los principios de orden público. Tercero, en relación con el carácter accesorio de la garantía mobiliaria consustancial con el arrendamiento financiero, han surgido nuevas soluciones destinadas a proteger los derechos reales de la Arrendadora sobre el bien de equipo que, en propiedad económica, está en posesión del Usuario. Cabe destacar las aportaciones contenidas en la nueva *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* (CIDIP VI, 2002) y en la *Convención de Unidroit sobre Garantía Internacional de Equipos Móviles* y su *Protocolo sobre accesorios de Aeronaves* (Ciudad del Cabo, 2001). También, los *Trabajos de Uncitral sobre Derechos Reales de Garantía*.