

Capítulo quinto. El arrendatario financiero

1. Calidad	55
2. Capacidad	57
3. Obligaciones del arrendamiento financiero	58
A. Obligación de pago	58
a. Época de pago	59
b. Determinación	59
c. Forma de pago	60
d. Integración del precio	61
B. Conservación de los bienes	67
C. Uso convenido	67
D. Selección del proveedor y de los bienes	68
E. Vicios o defectos ocultos	69
F. Pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor	70
G. Pérdida, destrucción o daños de la cosa	71
H. Actos de tercero	72
I. Contratación de un seguro	73
J. Opciones terminales	76
a. Adquisición del bien	78
b. Prórroga del plazo	81
c. Participación del producto de la venta del bien	81
d. Otras opciones	82

CAPÍTULO QUINTO

EL ARRENDATARIO FINANCIERO

1. *Calidad*

En los derechos francés y español, en principio, el arrendatario financiero debe ser necesariamente un comerciante, ya que el objeto del contrato lo constituyen bienes muebles destinados a fines industriales, comerciales o profesionales, o bienes inmuebles que sean “objeto de tráfico empresarial habitual”. Dicha habitualidad en el tráfico, en efecto, depende no del bien, sino de la actividad del empresario, del sujeto que habrá de usar o gozar de los bienes y no necesariamente de la arrendadora financiera, quien por hipótesis es comerciante, toda vez que se dedica en forma habitual y exclusiva a dar bienes en A.F. y se trata de una S.A. (comercialmente según el a. 3º del CCo); es decir, que el destino de los bienes (sin perjuicio de aquel para el que fueron creados) será dado por la actividad del arrendatario, quien habrá de dedicarse habitualmente a realizar actividades industriales, comerciales o de servicio, respecto a los cuales el bien sirva como medio o instrumento.⁵⁶

El proyecto de convención sobre A.F. internacional, al igual que el derecho extranjero, implícitamente exige la calidad de comerciante para el arrendatario financiero, toda vez que, por un lado, señala como objeto de arrendamiento al equipo, maquinaria o en general bienes de capital, y por el otro, excluye de la aplicación del propio ordenamiento a los supuestos de concesión del uso y goce de bienes en los cuales el equipo sea destinado para uso personal o doméstico del arrendatario o sus familias (a. 1º, numeral 3), lo cual hace suponer la aplicación de la convención sólo en los casos que el arrendatario financiero destine esos bienes a fines industriales, comerciales o de servicios, pero no para su uso personal.

⁵⁶ Así Amorós, *op. cit.*, p. 885.

Cabe comentar, por otra parte, que dicha exclusión del A.F. para fines domésticos o personales es plausible, pues su espíritu es no regular operaciones celebradas con consumidores, en función del respeto que merecen las legislaciones de cada país respecto a la protección de esa clase social; amén, desde luego, de que tales legislaciones, como es el caso de la LFPC mexicana, pregnan el carácter de orden público e interés social de sus disposiciones (a. 1º), de suerte que son irrenunciables por los consumidores y contra su observancia no puede alegarse ley, costumbre, práctica, uso o estipulación en contrario. Este también es el caso de la convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, de abril de 1980, la cual excluye, entre otras compraventas, las celebradas con consumidores (a. 2, inciso a).

En el derecho mexicano puede ser arrendatario financiero tanto un comerciante como una persona de distinta calidad; esto es, que no necesariamente se requiere la calidad de comerciante para adquirir en A.F. determinados bienes, pues aunque por las características del contrato se infiere que también el arrendatario financiero es un comerciante, puede no serlo.

Por otra parte, aunque dicho arrendatario financiero no requiere ser comerciante, lo cierto es que el contrato en la práctica va dirigido principalmente a empresarios cuyas actividades son industriales, comerciales o de servicios (hoteles, transportes, teléfonos), a las asociaciones y establecimientos públicos y a ciertos profesionales, como médicos, odontólogos, radiólogos, contadores, etc.⁵⁷ Ahora bien, de acuerdo con Rolin el contrato va dirigido a:

a) Empresarios cuyas posibilidades económicas son insuficientes para adquirir los equipos indispensables para su crecimiento y desarrollo, por lo que mediante el A.F. pueden adquirir tales bienes y destinar sus fondos a la adquisición de materias primas, o dirigir su política comercial a otra actividad relativa a su empresa.

b) Los empresarios que utilizan equipos en los cuales las innovaciones y perfeccionamientos son frecuentes e importantes, tales como aquellos relativos a la computación.

c) Aquellos que se ven obligados a respetar un presupuesto estricto, como las filiales o empresas estatales cuyo presupuesto es

⁵⁷ Así Gutiérrez Viguera, *op. cit.*, p. 61.

fijado con antelación por la sociedad madre o por el Estado, y el cual no puede ser sobrepasado.

d) Aquellos cuya empresa está sana y bien dirigida, y en la que las inversiones son frecuentes y crecientes pero no desean aumentar su capital.

e) Aquellas cuya empresa tiene un desarrollo importante debido a su buena administración o a una coyuntura favorable.⁵⁸

f) A los que tienen empresas de creación reciente con grandes esperanzas en el futuro.

g) En general al empresario pequeño, mediano y grande que desee obtener equipo más moderno para mantenerse en una situación de competitividad en el mercado, sin necesidad de erogar grandes cantidades de dinero.

2. *Capacidad*

La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y de hacerlos valer por sí mismas en el caso de las personas físicas, o por representantes legales para las personas morales.

En nuestro derecho la capacidad se presume. El CC (a. 1798) prescribe que "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley", y el ordenamiento mercantil advierte que tienen capacidad para ejercer el comercio todas las personas que según las leyes comunes son hábiles para contratar y obligarse a quienes las mismas (leyes) no prohíban expresamente la profesión del comercio. Conforme a lo anterior, puede ser arrendatario financiero cualquier persona, al igual que arrendador financiero; sin embargo, no pueden celebrar un contrato de A.F., como arrendadoras financieras dedicadas a esa actividad, en virtud de que no pueden ejercer el comercio los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados, los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión (a. 12 del CCo).

En cuanto a los extranjeros, tampoco podrían ser arrendatarios financieros en aquellos contratos cuyo objeto fuere un bien inmue-

⁵⁸ Así Rolin, *op. cit.*, p. 38.

ble ubicado dentro de una zona de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas, porque ello supondría la posibilidad de adquirir, vía selección de opción terminal, el dominio del inmueble, situación prohibida por nuestra carta magna (a. 27). Por lo que toca a los cónyuges, existe una limitación de la ley (a. 174 del CC) para que puedan contratar entre sí; se requiere autorización judicial, de suerte que si celebraran como contrapartes de un A.F. (el cual sería posible siempre que fuera de manera accidental, ocasional), sin dicha autorización, violarían dicho precepto, inspirado en evitar la contraposición de intereses de los cónyuges, ya que ésta repugna con la finalidad del matrimonio.

En efecto, la LGOAAC exige el carácter de S.A. para dar bienes en A.F. de manera reiterada, es decir, la SHCP sólo otorgará concesión para operar como arrendadora financiera a la sociedad anónima que se haya constituido como tal y cuyo objeto social sea dar bienes en A.F., de esta manera la sociedad que obtiene dicha concesión adquiere el carácter de organización auxiliar de crédito y como tal está sujeta a la LGOAAC (a. 1º), la cual excluye la posibilidad de que otras personas (S.A.), otro tipo social o una persona física, pueda usar la expresión arrendadora financiera (a. 7º). Sin embargo, *a contrario sensu*, es válido un contrato de A.F. celebrado entre dos personas de las cuales ninguna sea S.A. ni tenga concesión de la SHCP. Que esto sea válido se debe no sólo a que la LGOAAC limita su ámbito de aplicación a las organizaciones auxiliares de crédito y a las actividades auxiliares, sino también a que la libertad contractual y la autonomía de la voluntad lo permiten, con tal que no vaya contra la LGOAAC, es decir, que esa arrendadora financiera lo sea con carácter profesional o habitual.

3. Obligaciones del arrendatario financiero

A. Obligación de pago

La obligación más importante del arrendatario financiero está constituida por el pago del precio que ha de hacer a cambio de la concesión del uso o goce del bien durante su vida útil; obligación que presenta las siguientes características:

a. Época de pago

De acuerdo con la LGOAAC, dicha obligación nace desde “la firma del contrato”, es decir, desde que las partes suscriben el contrato, aunque la arrendadora financiera no haya entregado materialmente los bienes objeto del mismo (a. 28), a diferencia del arrendamiento civil en el cual el arrendatario no está obligado a pagar la renta sino desde el día en que reciba el inmueble objeto del contrato (a. 2448, inciso *E*, 2º párrafo, del CC).

b. Determinación

De acuerdo con nuestra ley (a. 25 de la LGOAAC), la arrendataria debe pagar una cantidad de dinero determinada o determinable (a diferencia del arrendamiento civil, a. 2430 del CC), que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y demás accesorios. De acuerdo con esto, el pago debe ser en dinero y no en especie; además, en un monto determinado o determinable, o sea, que en el momento de celebrar el contrato, las partes deben convenir y determinar esa cantidad o bien las reglas para su determinación.

Generalmente, la determinación del monto de esa prestación se hace en función del uso o goce del bien y de su posible futura adquisición debido a que es normal que el contrato dure lo que la vida útil del bien, y en la mayoría de los casos la opción terminal elegida es la de comprar el bien; pero también se toman en cuenta las tasas de interés vigentes en el mercado financiero y el sistema de amortización de la deuda por el que se hubiere optado; esto es, se determina el monto por la aplicación de fórmulas de cálculo financiero para evaluar la realización de inversiones a partir de un proyecto de rentabilidad del capital afectado por la arrendadora financiera y de un presupuesto de explotación por la arrendataria financiera.

En efecto, dicho precio toma en cuenta, como indicamos, tanto el uso o goce del bien como su posibilidad de compra; ambas situaciones conforman un mismo valor inicial, que es el de la financiación brindada, cuyo cálculo depende del tiempo de duración del contrato y del porcentaje reservado (valor residual) para el supuesto de dicha compra. Por ello, expresa Boneo, que “configura una fla-

grante desnaturalización del contrato determinar por separado, el importe de las cuotas periódicas y del valor residual, como si se tratara de negocios jurídicos diferentes”;⁵⁹ de ahí que se deben relacionar ambas cantidades (precio inicial y valor residual), de suerte que los pagos parciales (cánones, cuotas o rentas) no sean tan elevadas ni tan reducido el valor residual que obliguen al arrendatario financiero a adoptar por anticipado la compra, desde la celebración del contrato, supuesto que por desgracia se da en la práctica casi de manera sistemática, lo que induce a los tratadistas, como veremos en el apartado relativo, a sostener que el A.F. es en realidad una compraventa disfrazada.

Por otra parte, determinar la cantidad de dinero desde el momento en que se celebra el contrato no siempre es fácil ni adecuado, sobre todo cuando se trata de arrendadoras financieras que operan ya sea en un país que está en vías de desarrollo o con problemas serios de circulante y de créditos, como es el caso mexicano, en el que desde hace años para dichas arrendadoras financieras fue un problema determinar el monto de ese precio, debido a que en su mayoría, nos dice Vázquez Pando,⁶⁰ adquirían los bienes con fondos prestados generalmente por bancos, pero la poca disponibilidad del ahorro interno los obligó a acudir al exterior en busca de préstamos, con lo que conforme a la práctica establecida, sobre todo a raíz de la circulación de eurodólares en el mercado interbancario londinense, los préstamos se otorgaban a tasas de interés ajustables periódicamente, en función de las condiciones del mercado. Lo anterior obligó a tales arrendadoras financieras a optar por un precio determinable de acuerdo con ciertas fórmulas más o menos complejas para adecuarlo a su costo financiero, práctica que ha proliferado en los últimos tiempos, inclusive internamente, para otorgar créditos a tasas fluctuantes y para evitar trastornos en sus posibilidades de mercado.

c. Forma de pago

De acuerdo con nuestra ley, el arrendatario financiero está obligado a pagar como prestación, “que se liquidará en pagos parcia-

⁵⁹ Boneo Villegas, Eduardo y Barreida Delfino, Eduardo A., *Contratos bancarios modernos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, pp. 102 y ss.

⁶⁰ Op. cit., p. 263.

les”,⁶¹ una cantidad de dinero; esto hace suponer que, como el vocablo indica (parcial, del latín *pars, partis*, parte, es decir, parte de un todo), el arrendatario financiero deberá pagar el precio en dos o más fracciones, cuotas o cánones.

Podría dudarse de la existencia de pagos parciales, ya que el a. 26 de la propia LGOAAC permite al arrendatario financiero suscribir a la orden de la arrendadora financiera un pagaré (o más), cuyo importe total corresponda al precio pactado, por concepto de “renta” global, y si bien añade que tal suscripción y entrega del título de crédito no se considera como pago de la contraprestación ni de los pagos parciales, sí queda claro que una vez pagado el importe del pagaré y recuperado éste, el arrendatario financiero habría hecho un pago y no “pagos parciales”.⁶²

Efectivamente, si se trata de un solo pagaré (o de varios con vencimientos sucesivos y, por tanto, de acuerdo con nuestra LGTOC, aa. 174 y 79, pagaderos a la vista) habría más de un pago, es decir, sí habría pagos parciales, uno el de pagaré y otro el residual; el A.F. como tal es un contrato cuya mecánica se inicia desde que la arrendadora financiera se obliga a adquirir los bienes seleccionados por el arrendatario financiero, y termina hasta que éste ha adoptado alguna de las opciones terminales y ha cubierto el valor residual del bien; y dicho valor residual también es una fracción u otro pago parcial, parte o cuota que integra el precio de la contraprestación; de donde resulta que aun cuando se suscriba un solo pagaré habría un pago parcial, además del valor residual. Debo aclarar que la suscripción de uno o varios pagarés, no implica el pago de los cánones o parcialidades, es en todo caso una promesa de su pago (a. 26, segundo párrafo, de la LGOAAC).

d. Integración del precio

El precio que debe pagar el arrendatario financiero como contraprestación por el uso y goce de la cosa está constituido por una cantidad de dinero que comprende (a. 25 de la LGOAAC), además

⁶¹ Arce Gargollo critica con justa razón la expresión “liquidación”, debido a que, como dice, tiene una connotación jurídica propia que no es la que pretende el precepto, *op. cit.*, p. 86.

⁶² No descartamos la posibilidad de que se diera parte del importe de la letra o titulovvalor y no su totalidad. Véase *infra*, inciso 2 “Título de crédito”,

del valor de adquisición del bien, las cargas financieras y los demás accesorios. En efecto, el arrendatario financiero debe cubrir una cantidad en dinero tal que incluya, además del valor de adquisición del bien, otros conceptos como:

1) La cuota de amortización del bien, determinada sobre la base del costo, de la duración de su vida útil y del probable valor del bien al término del contrato.

2) El interés correspondiente por la financiación acordada, es decir, un beneficio para la arrendadora financiera sobre el capital invertido, colocado a una tasa que toma en cuenta la situación general del mercado de crédito y en particular el costo del precio del dinero.

Para Arce Gargollo⁶³ dicho interés constituye una característica (que no elemento) esencial del contrato y resulta una exigencia legal, contractual (a. 25 de la LGOAAC) y fiscal (a. 15 del CFF), y añade que dicho concepto ("interés") puede tomarse con la amplitud prevista en el a. 361 del CCo y abarcar cualquier prestación a favor de la arrendadora financiera. En este sentido, dicho interés puede ser determinado o determinable y fijarse con base en elementos extraños al contrato (*v. gr.* al costo porcentual promedio de captación, CPP). Ahora bien, advierte el autor que no obstante que se trata de una exigencia legal, su ausencia en el contrato no es suplida por la ley, de forma que si no existe ese interés no habrá A.F. sino otro contrato; y es que en realidad la ley exige que se pague como precio, además del valor de adquisición, las llamadas cargas financieras.

3) El precio del uso del bien durante su vida útil.

4) Una cantidad determinada por la gestión de la arrendadora financiera; tanto por la adquisición del bien como por la actividad y gastos realizados para entregar el bien al arrendatario financiero.

5) Una remuneración respecto al riesgo que corre la arrendadora financiera establecida de acuerdo con las características estructurales y funcionales, así como de la situación patrimonial, financiera y económica del arrendatario financiero, del bien y objeto del contrato y de su mercado, además de las eventuales garantías ofrecidas por dicho arrendamiento financiero.⁶⁴

⁶³ *Op. cit.*, p. 81.

⁶⁴ Scufari, *op. cit.*, pp. 866 y 867

6) El valor residual que habrá que pagar una vez que ha terminado el tiempo del uso o goce del bien, en cuanto al plazo que se fije y que es irrevocable y forzoso. Dicho precio o valor residual generalmente se resta del precio de adquisición del bien a fin de arribar al importe de capital neto de financiación.⁶⁵

7) Los impuestos por concepto de la adquisición del bien, concesión de su uso o goce, su transportación, importación, etc. Por ello, una arrendadora financiera chilena considera como precio el valor CIF del bien, los derechos aduaneros, el costo del crédito, internación y fletes hasta la bodega del arrendatario financiero, monto al que se agrega el 3% sobre esa suma por "costo de dinero por el plazo que transcurra entre el embarque y la entrega del bien en bodega del arrendatario financiero, y el 1% más para gastos administrativos; finalmente, exige como renta mensual el 2.6% del costo total del mismo bien".⁶⁶

8) Gastos administrativos, comisiones y otros. En este renglón cabe destacar que la Convención sobre A.F. internacional sólo destaca que el pago de las rentas será calculado tomando en cuenta en particular la amortización del bien o una parte sustancial del costo del equipo (a. 2, inciso c).

1) *Valor residual.* Como hemos dicho, el valor residual es uno de los elementos que integran el precio o contraprestación a cargo del arrendamiento financiero; constituye el precio de adquisición del bien consignado en el contrato, para el caso de que el arrendatario financiero ejercite la opción de compra reconocida a su favor, valor que configura parte de la contraprestación o pago asumido por dicho arrendatario financiero que debe satisfacer una vez dispuesta su adquisición.

Este valor generalmente se mantiene en niveles muy bajos o simbólicos y ello se debe a que las cuotas o pagos parciales se consideran en función de la amortización del costo del bien, y cuando la duración del contrato no coincide con la vida útil del bien, el arrendatario hace una amortización anticipada.

La Ley exige que dicho valor residual esté fijado en el contrato y sea inferior al precio de adquisición del bien, o que si no se

⁶⁵ Así Boneo, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

⁶⁶ Trucco B., Eduardo, "Comentarios en torno al leasing", *Revista de Derecho*, Concepción, Chile, año XLIII, núm. 164, enero-diciembre de 1976, p. 164.

fijó sea inferior al valor de mercado de éste a la fecha de compra, conforme a las bases previstas en el contrato (a. 27 de la LGOAAC).

Consideramos que en virtud del carácter unitario del contrato, el valor residual comprende también el precio o contraprestación por ese uso del bien, bajo las siguientes consideraciones:

a) Si opta por la compra del bien, él mismo realizará el pago de este valor residual, considerado en el precio global y disminuido de los pagos parciales para hacerse efectivo en este momento.

b) Si opta por la prórroga del contrato, dicho valor residual se satisface con el pago de cánones parciales, por ese nuevo uso o goce, que deben ser inferiores a los iniciales.

c) Si se trata de la venta a un tercero, dicho valor residual es pagado con el producto de esa venta, de suerte que debe exceder de este pago para que en su resultado participe el arrendatario financiero, de otra manera, tendría que cubrir la diferencia. En cambio, puede convenirse en qué porcentaje participa del excedente.

d) Si se opta por la rescisión, el arrendatario financiero pagaría dicho valor residual como indemnización, según lo establezca el contrato.

En conclusión ese valor residual no puede considerarse por separado del valor inicial, ambos constituyen un concepto unitario.

Sin embargo, hay que reflexionar en lo dispuesto por dicho a. 27 de la LGOAAC, en el sentido de que ese valor residual debe ser inferior al valor de mercado del bien a la fecha en que se haga efectiva la opción de compra, según que se haya o no fijado en el contrato dicho precio.

Efectivamente, lo anterior puede llegar a poner en tela de juicio lo que hemos venido llamando "valor residual" e inclusive dar la pauta para que la arrendadora financiera llegue, paradójicamente, a cobrar más por este concepto que por el monto total de los cánones o parcialidades. De acuerdo con el precepto citado, cuando el contrato señale el valor residual, éste no podrá ser superior al precio por el que la arrendadora financiera adquirió el bien, pero si no se fijó dicho valor éste sí puede superar a aquél con tal de que sea inferior al valor de mercado a la fecha de la opción de compra. Pues bien, hoy por hoy a nadie le cabe la menor duda de que un bien mueble (y con mayor razón un inmueble), usado o no, tendrá un precio superior al que tuvo como objeto de primer

uso (o nuevo) en años anteriores, debido, sobre todo al fenómeno económico de la inflación; el único caso que se nos ocurre en el que tal vez no se dé este aumento de precio es el de computadoras, debido a que el avance tecnológico es muy acelerado y su obsolescencia aparece con mayor velocidad.

2) *Titulos de crédito.* En diversos países los pagos parciales suelen hacerse en letras de cambio o pagarés; en México, aunque la LGOAAC sólo alude a estos últimos, creemos que no hay inconveniente alguno para que también se puedan girar letras de cambio. En efecto, el a. 26 de dicha Ley establece que el arrendatario puede "otorgar" uno o varios pagarés, cuyo importe total corresponda al precio pactado, por concepto de renta global, siempre que los vencimientos no sean posteriores al plazo del A.F. y que se haga constar en tales documentos su procedencia de manera que queden suficientemente identificados, para tener la posibilidad de condicionar su obligación y hacer que tales títulos de crédito dejen de ser pagarés.⁶⁷

Es decir, el arrendatario financiero puede suscribir un pagaré con vencimientos sucesivos y, por tanto, a la vista, o varios pagarés cuyo plazo máximo de vencimiento coincide con el de terminación del contrato. Vidal Blanco⁶⁸ advierte la ventaja que esto representa para la arrendadora financiera, pues con la incorporación del derecho de crédito al título, se consigue la independencia del mismo respecto al contrato subyacente, y se puede acudir al descuento bancario; sin embargo, hay quienes discuten la utilización de tales documentos, como es el caso de Amorós, para quien —con apoyo en De la Cuesta— el hecho de que el arrendatario financiero acepte firmar en el contrato tantos títulos de crédito como sean necesarios para absorber su contraprestación económica, es un dato que desnaturaliza la relación y pone de relieve el "verdadero significado contractual" de una compraventa.⁶⁹

Por su parte, Gutiérrez advierte que la aceptación de esos títulos de crédito en los que se incluyan las cláusulas "valor recibido" o "valor en cuenta" no responde a la naturaleza de la contraprestación del librador del título, que no consiste más que en la cesión por arriendo del derecho al uso futuro de los bienes dados en A.F.,

⁶⁷ *Cfr.* Arce Gargollo, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁸ *Op. cit.*, pp. 590 y 591.

⁶⁹ Amorós, *op. cit.*, p. 917.

razón por la cual los tribunales franceses en diversas ocasiones han calificado al contrato como una venta-arrendamiento.⁷⁰ Ahora bien, por lo que al derecho mexicano se refiere, hemos de advertir que la propia LGOAAC aclara que la suscripción y entrega de estos títulos no se considerarán como pago de la contraprestación ni de sus parcialidades, y esto porque no se trata de un pago, sino de una promesa incondicional de pago.

Nuestra LGOAAC señala que la transmisión de dichos pagarés por parte de la arrendadora financiera a un tercero implica, en todo caso, el traspaso de la parte correspondiente de los derechos derivados del contrato de A.F. y además derechos accesorios en la proporción que correspondan; es decir, que si se transmiten tales títulos de crédito se cede total o parcialmente el carácter de arrendador financiero y, con ello, los derechos y obligaciones derivados del contrato: dicha cesión, a decir de Arce Gargollo,⁷¹ no cumple con las formalidades previstas para la cesión de deudas y derechos previstos por la ley, por lo que tal transmisión se debe acompañar de otro acto jurídico, que tal vez pudiera ser la llamada y recogida en otros derechos "cesión del contrato" (a. 887 del CCo de Colombia), aunque hay que tomar en cuenta que el autor sólo se refiere a la transmisión de esos títulos por endoso y entrega, y al parecer omite la cesión ordinaria y testamento pero omite el endoso, casos aquéllos y no éste, en los que de acuerdo con el a. 27 de la LGTOC, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiere; pero lo sujeta a todas las excepciones personales que el obligado habría podido oponer al autor de la transmisión antes de ésta.

Ahora bien, la figura mediante la cual se "transmitirían los derechos derivados del contrato", parece ser la de la cesión del contrato y no la del descuento o del *factoring* porque sólo importarían los derechos que estrictamente confieren los títulos y no aquellos derivados del contrato; además, el *factoring* supone la transmisión de una cartera de créditos generalmente vencidos,⁷² supuesto que

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 82.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 81.

⁷² Cfr. Labianca, Marcello, "Factoring", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Roma, año LXXVII, núms. 34-36, marzo-junio de 1979, y Barreida Delfino, E. A. y Boneo Villegas, E. J., "Factoring, nueva fórmula de financiación", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, año 16, núm. 93, junio de 1983.

no se daría en el A.F., pues por hipótesis el plazo máximo de vencimiento de los títulos debe ser el del vencimiento del contrato; por ello, consideramos que se trata de una cesión del contrato como lo confirma el a. 67 de la propia LGOAAC al exigir la autorización de la SHCP para ceder las obligaciones y derechos correspondientes al A.F. En todo caso lo que se debe distinguir es la transmisión del título de crédito de la transmisión de derechos y obligaciones derivados del contrato.

En cambio, lo que la LGOAAC no señala, son los requisitos para ceder tales derechos y obligaciones, de modo que en principio podría afirmarse que puede ser cesionario de los derechos que corresponden a la arrendadora financiera, cualquier persona y, con ello, aunque de manera derivada, convertirse en arrendadora financiera, accidental o permanente. Creemos que la SHCP en caso de autorizar tal cesión lo hará en favor de otra arrendadora financiera, toda vez que éstas son las únicas personas que cumplen los requisitos exigidos por la propia ley para asumir los derechos y contraer las obligaciones derivadas del A.F.

B. Conservación de los bienes

La arrendataria financiera, salvo pacto en contrario, está obligada a conservar los bienes objeto del contrato en el estado que permite el uso normal que les corresponda; por ello, tiene obligación de darles el mantenimiento necesario y oportuno, hacer por su cuenta las reparaciones requeridas y adquirir las refacciones e implementos necesarios (a. 29 de la LGOAAC), e incluso dar aviso sobre los posibles desperfectos o solicitar las reparaciones exclusivamente con el fabricante si así se convino. De acuerdo con la Ley, tales refacciones, implementos y bienes que se adicionen a los que se den dentro de A.F., se consideran incorporados a éstos y, por tanto, sujetos a los términos del contrato.

C. Uso convenido

Constituye otra obligación de la arrendataria financiera servirse de los bienes sólo para el uso convenido en el contrato, o conforme a la naturaleza y destino de los mismos; dicha obligación com-

prende la utilización de los bienes exclusivamente por el usuario y sus dependientes, el cumplimiento de ciertas condiciones para el lugar o local donde se instale o sitúe el bien, el número de horas diarias que según la clase de bien o el pacto, pueda ser utilizado, el no traslado del bien a otro lugar sin consentimiento de la arrendadora financiera, el acceso a la inspección periódica del bien y/o del local,⁷³ y no transmitir el uso del bien a terceras personas sin consentimiento de la arrendadora financiera.⁷⁴

D. Selección del proveedor y de los bienes

La selección del proveedor, así como la del bien objeto del contrato, constituyen dos de las cargas o deberes más importantes que asume el arrendatario financiero, y en torno a ellos se ha justificado la obligación de asumir los riesgos de la cosa. El a. 30 de la LGOAAC expresa que el arrendatario financiero debe seleccionar al proveedor, fabricante o constructor y autorizar los términos, condiciones y especificaciones que se contengan en el pedido u orden de compra, con la descripción e identificación de los bienes que se adquirirán; asimismo, exonera de responsabilidad a la arrendadora financiera en caso de error u omisión en la descripción de los bienes contenida en dicho pedido u orden de compra. Congruente con lo anterior, prescribe que la firma del arrendatario financiero en cualquiera de esos documentos, implica, entre otros efectos, su conformidad con los términos, condiciones, descripciones y especificaciones ahí consignados.

Dicha selección constituye un presupuesto indispensable para que la arrendadora financiera pueda cumplir con la obligación de adquirir determinados bienes y conceder su uso o goce temporal al arrendatario financiero (a. 30 de la LGOAAC).

⁷³ Gutiérrez, *op. cit.*, p. 89 y Pérez Idiartegaray, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁴ Así, Amorós, *op. cit.*, p. 914, quien señala que esta cláusula de no cesión de los derechos es perfectamente válida ya que el arrendatario financiero no es el propietario del bien. En efecto, uno de los presupuestos del contrato es que quien cede el uso o goce de un bien, sea su propietario o tenga amplias facultades de disposición del mismo, ello porque el arrendatario financiero como tal puede optar desde el inicio del contrato por la compra del bien.

E. Vicios o defectos ocultos

Nuestra LGOAAC impone al arrendatario financiero, a menos que otra cosa se hubiere pactado, la obligación de sufrir los vicios o defectos ocultos que impidan el uso parcial o total de los bienes. Con lo expuesto hasta aquí parecería que los principios que inspiran al A.F. violentan los tradicionales del derecho privado; sin embargo, hemos de elaborar las siguientes precisiones: la falta de responsabilidad de la arrendadora financiera por los vicios o defectos ocultos parece tener su justificación en el hecho de que el arrendatario financiero es quien selecciona tanto al proveedor como el bien objeto del contrato, mientras que la arrendadora financiera únicamente se concreta a hacer efectivo ese pedido (a. 30 de la LGOAAC); es decir, que si ésta ha llegado a ser propietaria, ha sido sólo a petición y en interés de aquél. Pero, además, como no puede quedar impune la responsabilidad del proveedor (vendedor) por las faltas de calidad, cantidad o vicios ocultos de la cosa, la LGOAAC impone a la arrendadora financiera como obligación, transmitir al arrendatario financiero los derechos que le asisten como compradora para que éste los ejercite contra el vendedor, o bien legitimarlo para que en su representación ejerza tales derechos.

En efecto, como los vicios ocultos deben ser cubiertos por la responsabilidad decenal del constructor del bien inmueble dado en A.F., o la del proveedor (vendedor), la arrendadora financiera generalmente cederá sus derechos al arrendatario financiero mediante cesión de créditos, nombrándolo su mandatario o representante.

En este orden de ideas, la exoneración de responsabilidad de la arrendadora financiera aparece como una consecuencia de una supuesta "compensación" entre su posición acreedora de responsabilidad frente al vendedor y otra deudora frente al arrendatario financiero en relación con la garantía de un mismo bien y en la medida en que la ley lo permite; por otra parte, la LGOAAC pone de manifiesto la derogación de normas generales de otros contratos (*v. gr.* compraventa o arrendamiento) en los cuales la responsabilidad por vicios ocultos es a cargo del vendedor o de la arrendadora

financiera. Para el derecho español, de acuerdo con Cabanillas,⁷⁵ es válido el pacto de exoneración de responsabilidad por vicios de la cosa siempre que dicha arrendadora financiera ignore la existencia de éstos en el momento de la celebración del contrato, supuesto difícil si consideramos que ella, por hipótesis, desconoce el bien de cuya compra se ha encargado.

Por último, cabe destacar que la existencia de esos vicios no libera al arrendatario financiero del pago de la contraprestación, por lo que deberá cubrirla en la forma pactada.

F. Pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor

Tradicionalmente se ha considerado que si la cosa perece total o parcialmente por caso fortuito o fuerza mayor, perece para su dueño; en nuestro derecho este postulado se complementa con el que establece que la transmisión de la propiedad se produce, tratándose de cosas ciertas y determinadas, por mero efecto del contrato, aunque la cosa no se hubiere entregado real, virtual o jurídicamente.

En materia mercantil, en cambio, dicho postulado no opera, por lo menos en la compraventa, en la aportación de bienes a una sociedad, ni en el A.F. Para el primer caso, el CCo (y la LNCM, a. 213) prescribe que una vez perfeccionado el contrato de compraventa, las pérdidas, daños o menoscabos que sobrevinieren a las mercancías vendidas, serán por cuenta del comprador si ya le hubieren sido entregadas real, jurídica o virtualmente; de lo contrario serán por cuenta del vendedor (a. 377); asimismo, la LGSM (a. 11) prescribe que el riesgo de la cosa aportada a la sociedad no será a cargo de ésta, sino a partir de que se le haga la entrega respectiva. En ambos supuestos no es suficiente la transmisión de la propiedad, se requiere la entrega de la cosa.

Por lo que se refiere al A.F., la LGOAAC va más allá todavía; impone, a menos que otra cosa se hubiere pactado, la obligación

⁷⁵ Cabanillas Sánchez, Antonio, "La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. XXXV, fasc. 1, enero-febrero de 1982, pp. 99 y 100. En el mismo sentido, Amorós, *op. cit.*, pp. 909 y 910, añade que es posible la renuncia a exigir la responsabilidad sólo cuando el vendedor o cedente ignora tales vicios o defectos ocultos, y en cuanto a la evicción, la renuncia sólo es válida cuando no existe mala fe.

del arrendatario financiero de responder por pérdida total o parcial que sufran los bienes aun cuando se realicen por causa de fuerza mayor o caso fortuito, supuestos en los cuales tampoco se exonerá al arrendatario financiero del pago de la contraprestación, por lo que debe cubrirla en la forma pactada. Dicha hipótesis es de dudosa aplicación para diversos autores,⁷⁶ pues se llegaría al absurdo de pagar por el uso de una cosa que ha desaparecido sin su culpa o negligencia, lo que debe producir la extinción de la relación contractual y, como consecuencia, la liberación del pago de las parcialidades no vencidas, pues al no poder gozar de los bienes falta la causa de dicho pago; de ahí que mientras no se repare o reponga el bien, no se puede obligar a dicho arrendatario financiero al pago; lo contrario daría lugar a la existencia de un enriquecimiento injustificado y abusivo que rompería el justo equilibrio de las contraprestaciones y sería contrario a la buena fe.

Pese a los argumentos, cabe destacar, como lo hace De la Cuesta Route, que la circunstancia de no liberar al arrendatario financiero del pago de las parcialidades, aun en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, incide terminantemente en la esencia del negocio; es decir, evidentemente la asunción de riesgos por el arrendatario financiero en dichos supuestos pone en franco contraste los principios rectores del arrendamiento, sin embargo, ello no desnaturaiza el núcleo del A.F. porque su naturaleza no corresponde a la de aquel contrato sino a la de un negocio jurídico de financiamiento.⁷⁷

G. Pérdida, destrucción o daños de la cosa

En general, son a cargo del arrendatario financiero todos los riesgos, pérdidas, robos, destrucción o daños de que sean objeto los bienes dados en A.F., y, en consecuencia, tampoco queda liberado del pago de las parcialidades. En este renglón, la LGOAAC no distingue que se trate de pérdidas, de daños, de destrucciones de la cosa por culpa o negligencia del arrendatario financiero o sus dependientes, de actos de tercero, de culpa o negligencia del arren-

⁷⁶ Rico Pérez, *op. cit.*, p. 62; Amorós *op. cit.*, p. 911; Cabanillas, *op. cit.*, pp. 104-107.

⁷⁷ Cuesta Route, José María de la, "Reflexiones en torno al *leasing*", *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, núm. 118, octubre-diciembre de 1970, p. 582.

dador financiero o del proveedor; o bien, caso fortuito o fuerza mayor; sin embargo, por el principio de responsabilidad por culpa o dolo, y aun por mayoría de razón, creemos que en el caso de culpa o negligencia de la arrendadora financiera, ésta responde.

H. *Actos de tercero*

Aparentemente y en principio, este punto supone la existencia de una responsabilidad sin deuda del arrendatario financiero, a quien se le impone la obligación de responder por el robo, despojo, perturbación, destrucción, daños, o cualquier acto de tercero que afecten el uso o goce de los bienes, la posesión de los mismos, o bien la propiedad; no obstante, cabe cuestionar si en dichos supuestos, a excepción del robo (el cual expresamente se incluye), el arrendatario financiero continúa obligado al pago de los cánones sin que pueda hacer valer como excepciones dichas circunstancias.

De acuerdo con el último párrafo del a. 31, dicho arrendatario financiero, en caso de robo del bien, sigue obligado al pago de la contraprestación, debiendo cubrirla en la forma que se hubiere pactado en el contrato. Dicho precepto no incluye el despojo ni la perturbación del uso o goce; en cambio, el a. 32, de manera genérica, expresa que “en casos de despojo, perturbación o *cualquier acto de tercero...*, la arrendataria tiene la obligación de realizar las acciones que correspondan para recuperar los bienes o defender el uso o goce de los mismos”; evidentemente aquí se incluye al robo, por ser un acto de tercero. Ahora bien, el propio a. 31 en su fr. II, corrobora la obligación que tiene el arrendatario financiero de responder por esos actos de tercero ante la propia arrendadora financiera; ello porque, destaca, son a cargo de aquél “en general, todos los riesgos, pérdidas, robos, destrucción o daños que sufrieren los bienes”, de tal forma que también en casos de despojo, sin perjuicio de ejercitar todas las acciones o defensas procedentes a nombre propio, si se le transmitieron los derechos derivados de la compraventa; y a nombre de la arrendadora financiera si ésta lo legitimó para ello o bien mediante una gestión oficiosa (aa. 1056 y 1057 del CCo y 1896 del CC) (para oponer las excepciones o defensas pertinentes, aunque no para ejercitar acción porque a nadie se le puede obligar a que intente ésta). Asimismo, deberá notificar a la

arrendadora financiera, a más tardar el tercer día hábil siguiente al que tenga conocimiento de esas eventualidades, de lo contrario es responsable de los daños y perjuicios ocasionados por su omisión (a. 32, pfo. 2º, de la LGOAAC).

La Convención Internacional, en cambio, supone a la arrendadora financiera la obligación de garantizar al arrendatario financiero el uso específico de la cosa. En efecto, el a. 7, numeral 2, de dicho texto, señala dicha obligación en sus dos alternativas: cuando un tercero que amenaza con perturbar el uso pacífico lo haga porque el mejor derecho o título que aduce se deba a un acto u omisión de la arrendadora financiera; o bien siempre que tal reclamación no se deba a un acto u omisión del arrendatario financiero, o cualquiera de dichas opciones que se elija impongan la obligación señalada para la arrendadora financiera y, en consecuencia, exenten de responsabilidad al arrendatario financiero.

De acuerdo con lo anterior, quedaría la duda de saber, en el supuesto de que México ratificara la Convención, de qué normas habrían de sujetarse las partes de un contrato de A.F. internacional en el que una de ellas tiene su establecimiento en México, si por un lado la Constitución reconoce la misma jerarquía a los tratados internacionales, como sería la Convención, y a las leyes federales (a. 135), y, por otro lado, existe una contradicción entre dicha Convención y nuestra LGOAAC, la cual como dijimos libera de toda responsabilidad a la arrendadora financiera. ¿Será acaso aplicable el principio aquel de que la norma posterior deroga a la anterior?, ¿acaso el Estado mexicano hará la reserva respectiva? o, por último, ¿será objeto de reformas nuestra LGOAAC?

Independientemente de estos cuestionamientos, nos inclinamos por reconocer los aciertos de la Convención y los errores de nuestra LGOAAC; aquélla reconoce, cual debe de ser, las obligaciones mínimas de la arrendadora financiera, en cambio, ésta reprodujo el clausulado de los contratos leoninos celebrados por las arrendadoras financieras mexicanas.

I. Contratación de un seguro

La LGOAAC (a. 34) exige en los contratos de A.F. una cláusula que establezca la obligación de celebrar un contrato de seguro o una garantía que cubra, en los términos que se convengan, por lo

menos los riesgos de construcción, transportación, recepción e instalación —según la naturaleza de los bienes—, los daños o pérdidas de los propios bienes —con motivo de su posesión o uso—, así como la responsabilidad civil y profesional susceptibles de causarse con ocasión de la explotación o goce de los propios bienes, que puedan causar daños a terceros, en sus personas o en sus propiedades. Dicho precepto impone en el contrato relativo de seguro o garantía la obligación de señalar como primer beneficiario a la arrendadora financiera, a fin de que en primer lugar, con el importe de las indemnizaciones se cubran a ésta los saldos pendientes de la obligación concertada, o las responsabilidades a que queda obligada como propietaria de los bienes; si dicho importe no cubre los saldos o responsabilidades, la arrendataria financiera queda obligada al pago de los faltantes. Esta norma, sin embargo, no incluye los derechos que tiene la arrendadora financiera como propietaria de los bienes, lo que haría suponer que con el pago de las parcialidades se ha cubierto totalmente el precio de ellos y que el valor residual sería simplemente simbólico.

De acuerdo con lo anterior no queda claro sobre quién pesa la obligación de celebrar dichos contratos de seguro y de garantía. La ley exige únicamente su concertación; y aunque la misma LGOAAC expresa que las primas y los gastos del seguro sean por cuenta de la arrendataria, esto no implica que necesariamente ésta deba celebrar el contrato de seguro, en todo caso podría tratarse de un seguro por cuenta del tercero (el arrendatario financiero, como lo permite nuestra LSCS, a. 11).

En concordancia con Arce Gargollo, en caso de silencio del contrato de A.F. respecto de quién debe celebrar el contrato de seguro, la obligación de concertarlo es “originalmente del arrendador financiero, propietario del bien y beneficiario del seguro”;⁷⁸ pero enseguida advierte que si el seguro no se contrata y la cosa se daña o pierde, el arrendatario financiero “no se libera del pago del precio”; luego, si hubiere obligación por parte de la arrendadora financiera de contratar el seguro, como opina el autor, el arrendatario financiero quedaría desligado de ese pago y en consecuencia los daños o pérdidas serían a cargo de aquélla.

⁷⁸ Arce Gargollo, *op. cit.*, p. 85.

La LGOAAC faculta a dicha arrendadora financiera para contratar el seguro en el caso de que la arrendataria financiera no lo haga, a pesar de que se hubiere pactado, dentro de los tres días siguientes a la celebración del contrato, sin perjuicio de que contractualmente dicha omisión sea considerada como causa de rescisión (a. 35 de la LGOAAC). De lo anterior podemos advertir que no existe tal obligación para la arrendadora financiera, en todo caso su obligación consiste en añadir en las cláusulas del contrato de A.F. otra más que obligue a una de las partes a asegurar o garantizar el bien objeto del mismo, obligación que no tiene frente a su contraparte, sino frente al Estado, por lo que en caso de no satisfacerla traerá como consecuencia la no autorización del modelo o contrato por parte de la CNBS, autoridad competente para resolver sobre los documentos que pueden utilizar las organizaciones auxiliares de crédito en sus relaciones con terceros (a. 76 de la LGOAAC). Asimismo, la ley la faculta, pero no la obliga, a celebrar el seguro por cuenta del arrendatario financiero y en beneficio de ambos, según su interés económico en la cosa.

Al parecer la existencia del contrato de seguro sobre los bienes dados en A.F. tuvo su origen en Francia como respuesta a las objeciones formuladas a las cláusulas que obligaban al arrendatario financiero a pagar la totalidad de las prestaciones periódicas en caso de pérdida total o parcial de los bienes por caso fortuito; de ahí que las arrendadoras optaron por incluir la obligación de aquél, de asegurar a su costo los bienes para que en caso de siniestro pudieran cobrar la indemnización como propietarias que son de los mismos.⁷⁹

Por otra parte, aunque la LGOAAC exige la celebración de un contrato de seguro o garantía para la construcción, transportación o uso de los bienes, únicamente se ocupa, y en los términos expuestos, del seguro y se olvida la garantía; sin embargo, sería válida la concertación de una garantía en sustitución del seguro, como podrían ser: la fianza, el depósito, la hipoteca, la prenda o el fideicomiso, aunque por la naturaleza de los riesgos que deben garantizarse resulta más recomendable el seguro, sobre todo si consideramos la necesidad de incluir los fenómenos naturales, que por su esencia no pueden ser objeto de un contrato de fianza.

⁷⁹ Pérez Idiartegaray, *op. cit.*, p. 180, nota 21.

J. *Opciones terminales*

Uno de los aspectos fundamentales que diferencian al A.F. del arrendamiento es la opción terminal que el arrendatario financiero debe adoptar a la expiración de la vigencia del contrato. De manera por demás desafortunada nuestra LGOAAC impone al arrendatario financiero la obligación de optar por alguna de las llamadas opciones terminales “al concluir el plazo del vencimiento del contrato una vez que se hayan cumplido *todas las obligaciones*”, pues precisamente la selección de aquéllas constituye otra obligación a cargo de dicho sujeto; obligación que, puede decirse, se integra de dos fases: la selección de la opción terminal y su ejecución; la primera de ellas puede realizarse desde la celebración hasta un mes antes del vencimiento del contrato; la segunda, en cambio, sólo es posible a la expiración del término señalado en el mismo A.F.

Las referidas opciones terminales forman parte del conjunto de obligaciones a cargo del arrendatario financiero, de modo que no se trata de un arrendamiento y una promesa de compra o de venta, o de un arrendamiento con cláusula de prórroga, y mucho menos de una compraventa a plazos; es decir, no existe esa yuxtaposición de figuras que supone Cabanillas, en las que una (la opción) está subordinada a la figura principal (arrendamiento); pues si bien es cierto, como dice, que la opción no desnaturaliza al arrendamiento,⁸⁰ también es cierto que dichas opciones no configuran un derecho sino una obligación a cargo del arrendatario financiero, la cual, junto con las características anteriormente señaladas del A.F., pone de manifiesto su naturaleza diferente a la del arrendamiento.

En efecto, la selección de una de las opciones terminales constituye una obligación de carácter alternativo y sujeta a una condición suspensiva: el uso o goce del bien durante el término previs-

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 68. Efectivamente puede existir un arrendamiento con opción de compra o de prórroga del contrato, tal y como lo confirma nuestro Código Civil (a. 2448, letras C e I) al permitirle al arrendatario de fincas urbanas destinadas a la habitación decidir sobre la prórroga del contrato hasta por dos años más, siempre y cuando se encuentre al corriente en el pago de las rentas; o la opción que le confiere de adquirir, en igualdad de condiciones que un tercero, el bien arrendado.

to en el contrato; su cumplimiento constituye un acontecimiento futuro de realización incierta. Que dicha elección constituya una obligación y no un derecho, lo confirma el concepto mismo de A.F. (aa. 25 y 27 de la LGOAAC, este último al prescribir textualmente “la arrendataria *deberá adoptar* alguna de las siguientes opciones terminales”).

En este orden de ideas, se trata de una obligación de carácter alternativo, porque el sujeto queda constreñido a uno de varios hechos y cumple su obligación si presta cualquiera de esos hechos (comprar, prorrogar el contrato o proponer la venta a un tercero); por ello, no compartimos la opinión de Arce Gargollo en el sentido de que si el arrendatario “no ejercita su derecho de opción, el arrendador propietario del bien puede, en principio pedir la devolución de éste”;⁸¹ pues, como lo hemos dicho, no se trata de un derecho de opción, sino de una obligación alternativa, de suerte que si no cumple, habrá obligación de pago de daños y perjuicios ocasionados a la arrendadora financiera, sin perjuicio de lo pactado (a. 27 *in fine* de la LGOAAC).

El criterio 13, de abril de 1966, emitido por la Dirección General del Impuesto sobre la Renta, al que ya hicimos referencia anteriormente, acogía dos opciones: la adquisición del bien en propiedad —mediante el pago del último abono de las parcialidades— y la de adquirirlo en un precio simbólico. Más tarde, y considerando que la primera alternativa no era propia del A.F., se decidieron como posibilidades la compra del bien y la prórroga del contrato con cánones inferiores a los iniciales de éste. Más adelante se adopta una tercera opción, que consiste en que participe en el producto de la venta del bien un tercero; esta modalidad, al parecer, respondía más que a la época en que se adoptó, a las reformas a la LISR de noviembre de 1974.

De conformidad con la actual LGOAAC se amplía sustancialmente la gama de posibilidades para el arrendatario financiero, quien puede optar por la compra del bien, su venta a un tercero, la prórroga del contrato, o cualquier otra, previa autorización de la SHCP; a continuación hacemos una breve referencia sobre cada una de ellas.

⁸¹ *Op. cit.*, pp. 85 y ss.

a. Adquisición del bien

Como cualquier opción terminal, de acuerdo con nuestra Ley (a. 27), la compra del bien puede ser seleccionada desde el momento de la celebración del contrato hasta un mes antes del vencimiento del plazo del mismo, si bien en otras legislaciones se exige que la opción de adquirir se haga valer al final del plazo de vigencia estipulado para evitar una venta disfrazada.

En el supuesto de que se decida dicha compra, el precio del bien debe ser inferior a su valor de adquisición (si se estableció dicho precio en el contrato), o inferior al precio de mercado a la fecha de compra, conforme a las bases que se establezcan en el mismo (a. 27, fr. I, de la LGOAAC); este precio ha sido denominado en la doctrina como "valor residual" (ver *supra*), generalmente es simbólico y oscila entre el cinco y el siete por ciento del valor original del bien, debido a que casi se ha cubierto en su totalidad el precio durante el periodo de uso. De ahí que algunos consideren al contrato como una compraventa a plazos, disfrazada, sobre todo en razón de que es prácticamente imposible que no se opte por dicha compra si al finalizar la duración del contrato se ha pagado la mayor parte del precio; sin embargo, aun cuando sea lo más frecuente, la selección de esta opción, por el interés de convertirse en propietario, por un lado no es obligatoria sino alternativa y, por otro, tampoco es esencial al contrato, como sí lo es la existencia de alternativas cualesquiera que éstas sean, pues, como decimos, que de manera muy frecuente se opte por la compra, se debe, entre otras razones, a la necesidad y conveniencia de ser propietario del bien, cuyo precio ha sido pagado en su mayor parte.

Por ello, cuando se presentan ciertos obstáculos para dicha adquisición se intentan algunas soluciones como la del derecho alemán (Alemania Federal), en el que, para evitar un tratamiento fiscal desfavorable se prefirió la amortización parcial, mediante la cual se estipulan cláusulas en lugar de una opción de compra, a saber: a) una promesa unilateral de compra por el arrendatario financiero y una opción de venta por la arrendadora financiera, de la que puede o no hacer uso si prefiere vender a un tercero; b) la venta del bien a un tercero, caso en el que si el precio no cubre el valor residual el arrendatario financiero aporta la diferencia; por el contrario, si es superior el precio obtenido, se distribuye

el excedente de acuerdo con un porcentaje preestablecido, y c) la rescisión del contrato por el arrendatario financiero después del plazo de uso fijado, indemnizando a la arrendadora financiera por el valor residual no amortizado hasta ese momento, con la posibilidad de deducir la casi totalidad del precio que pueda obtener de la venta de los bienes en el mercado.⁸²

Por otra parte, si, como señalamos, las opciones terminales constituyen una obligación de carácter alternativo para el arrendatario financiero y éste opta por la compra del bien, tendremos que cuestionar si dicha opción, decidida desde la celebración del contrato, constituye o no una promesa de compraventa, si fuera este el caso, ella sería bilateral, ya que la arrendadora financiera no puede oponerse a su elección ni ejecución; o si se trata de una compraventa sujeta a condición suspensiva del goce o uso del bien durante el plazo forzoso.

Para algunos, el A.F. incluye una oferta irrevocable de contratar por parte de la arrendadora financiera, la cual el arrendatario financiero puede o no aceptar; esta hipótesis parece sostenible para nuestro derecho, ya que la LGOAAC implícitamente impone la obligación de incluir en el contrato las bases conforme a las cuales se procedería a la compra del bien, a su venta a un tercero, a la prórroga del contrato, o a cualquier otra opción terminal, de manera que la arrendadora financiera no puede revocarlas.⁸³

En otro orden de ideas, la opción de compra permite al vendedor del bien recuperar su propiedad sin necesidad de acudir al pacto de retroventa proscrito por nuestro CC (a. 2302). Toda vez que nuestra LGOAAC (a. 24, fr. III) faculta a las arrendadoras financieras para adquirir bienes del futuro arrendatario financiero, con el propósito de darlos a éste en A.F.

Se trata del A.F. denominado por la doctrina y el derecho extranjero como *lease back*, cuya característica estriba en que una persona propietaria de ciertos bienes y carente de circulante necesario para desarrollar su actividad económica vende dichos bienes a una arrendadora financiera, la cual coetáneamente a la compraventa celebra con la vendedora un contrato de A.F. Esta modalidad

⁸² Giovanoli, *op. cit.*, p. 66.

⁸³ Para la convención sobre A.F. internacional, en cambio, es irrelevante que se concedan o no opciones terminales, *cfr.* aa. 3 y 8 numeral 2.

dad permite mantener sin interrupción el uso o goce de los bienes (primero como propietario, luego como arrendatario financiero), obtener dinero en efectivo y tener la posibilidad de volver a ser propietario de los bienes en aras de la opción de compra.

Ahora bien, el pacto de referencia, también conocido como *pacto de retrovendendo*, retracto convencional o *pacte ou faculté de rachat ou de réméré*, significa la posibilidad de que las partes estipulen al celebrar el contrato de compraventa, la facultad para que el vendedor vuelva a adquirir la propiedad de la cosa mediante otra compraventa con el actual comprador. En principio, la compraventa supone el desplazamiento definitivo del bien, por lo que el vendedor, que pretenda recuperarla posteriormente, opta por la inclusión del pacto de retroventa mediante el cual, previa restitución del precio recibido, vuelve a tener la propiedad del mismo.

Esta cláusula ha sido considerada, o bien como un modo de resolver la compraventa (aa. 1659 del CC francés, 1507 del CC español y 1515 del anterior Código italiano), o como una cláusula agregada a las diversas de la compraventa (Chile, Uruguay, Brasil y México); en el primer supuesto se concebiría como el pacto por el cual el vendedor se reserva el derecho de resolver la venta (para recobrar la cosa vendida) en cualquier momento o a cierto plazo con la obligación de devolver el precio u otra cantidad previamente estipulada; en el segundo, en cambio, supone la obligación para el comprador de que en caso de vender en un futuro la cosa objeto del contrato lo haga con su propio contratante (actual vendedor). Nuestro CC prohíbe la venta con pacto de retroventa, así como la promesa de venta de un bien inmueble que haya sido objeto de una compraventa entre los mismos contratantes; sin embargo, de acuerdo con la LGOAAC, como hemos dicho, el A.F. permite llegar a la misma consecuencia sin necesidad de acudir al pacto de retroventa.

En este supuesto, la compra del bien hecha por el arrendatario financiero estaría comprendida dentro de una de las obligaciones del mismo contrato derivada del A.F. y no de dos contratos distintos, toda vez que la ley autoriza a dicha arrendadora financiera a adquirir tales bienes con el compromiso de darlos en A.F. al propio vendedor, tal como ocurre en el reporto, en el cual la parte que transfiere los títulos los vuelve a adquirir mediante el pago del precio originalmente recibido (a. 259 de la LGTOC).

Finalmente, no debemos olvidar que si las partes, en caso de optar por la compra, no establecieron de antemano el precio de adquisición del bien, éste debe ser inferior al valor del mercado en el momento de la compra, lo que significa que la contraprestación del arrendatario financiero para adquirir el bien puede ser superior al valor del objeto, sobre todo en los períodos de inflación.

b. Prórroga del plazo

Otra de las opciones es la prórroga del plazo de duración del contrato para continuar con el uso o goce de los bienes, contra el pago de parcialidades cuyo monto sea inferior a los pagos periódicos iniciales, de acuerdo con las bases establecidas en el contrato. En este supuesto evidentemente los cánones por la prórroga del contrato serán sumamente inferiores, debido no sólo a la exigencia legal (a. 2, fr. II, de la LGOAAC) sino también por la disminución del valor del dinero. Por otra parte, si el arrendatario financiero decide dicha prórroga, cabe la duda de si una vez vencido ese nuevo plazo tendrá que restituir el bien objeto del contrato, o si nuevamente tendrá la posibilidad de escoger entre las diversas opciones terminales; la LGOAAC nada dice al respecto, nosotros sostendemos que debe restituir el bien toda vez que vencido el plazo de prórroga del contrato la arrendadora financiera ha cumplido con su obligación. En este sentido se pronuncia el texto de la Convención del UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (a. 8-2).

c. Participación del producto de la venta del bien

Esta opción permite al arrendatario financiero recuperar parte de la cantidad erogada por el uso o goce de los bienes; implica su decisión de compartir con la arrendadora financiera el producto obtenido por la venta del bien a un tercero, en las proporciones y términos convenidos en el contrato. En otra época se podría cuestionar la conveniencia de seleccionar esta opción, sobre todo si atendemos a que se previera en el contrato la posibilidad de que dicha venta oscilara entre diversas cantidades, de suerte que pagada la más baja el arrendatario financiero se viera obligado a

cubrir la diferencia de precio; actualmente, por lo menos en México, esto no es posible por la inflación tan acelerada, la cual permite presumir que en la mayoría de los casos (salvo excepcionales cálculos actuariales y de probabilidad) el precio de venta a un tercero fijado de antemano en el contrato de A.F. será satisfecho con exceso, de manera que permita al arrendatario financiero participar efectivamente en el producto de esa venta.

d. Otras opciones

Como señalamos anteriormente, las opciones ofrecidas por la ley son de la más variada índole; la SHCP está facultada para autorizar, mediante disposiciones de carácter general, otras opciones terminales a favor del arrendatario financiero, tales como podrían ser: dar el bien en fideicomiso y señalar como fideicomisarios a las partes del A.F.; o darlo en arrendamiento a un tercero y compartir con la arrendadora financiera el producto de la renta.

La duda que puede plantearse respecto a esas otras opciones es la relativa a considerar como alternativa terminal el dar el bien en otro A.F. a un tercero, ello porque en estricto sentido, y al tenor de los aa. 25 y 27 de la propia LGOAAC, para que proceda otra opción distinta de aquellas de prórroga del contrato, adquisición del bien o venta de éste a un tercero, se requiere la autorización de la SHCP, la que sólo podrá autorizar esa nueva opción mediante disposiciones de carácter general, y siempre que se cumplan los requisitos del a. 25, precepto que proporciona el concepto del contrato y que impone como primera obligación de la arrendadora financiera el adquirir el bien y conceder su uso o goce temporal; en cambio, si la opción terminal fuera dar el bien en A.F. ya no habría necesidad de proceder a esa adquisición. De antemano, nuestra opinión es que no se debe considerar como elemento necesario del A.F. la adquisición del bien por parte de la arrendadora financiera, ya que incluso la propia LGOAAC (a. 38, fr. VI, párrafo 2º) faculta, si las circunstancias lo permiten, para dar en A.F. los bienes que hubieren recuperado por incumplimiento de los arrendatarios financieros.

Por último, en cuanto al ejercicio de tales opciones, la LGOAAC permite al arrendatario financiero seleccionar su opción anticipadamente, o bien al finalizar el plazo de vigencia del contrato; en

el primer supuesto, si el arrendatario financiero no cumple con la ejecución de la opción se hace deudor de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento; en el segundo, estará obligado a notificar al arrendador financiero, por escrito, y por lo menos con un mes de anticipación al vencimiento del contrato, cuál de ellas va a adoptar, en su defecto está obligado al pago de los daños y perjuicios ocasionados, con independencia de lo pactado en el contrato, según reza el a. 27 de referencia. De acuerdo con este supuesto, parecería válido acumular el pago de daños y perjuicios con una eventual pena convencional, situación que a la luz del derecho civil no es posible, ya que una excluye a la otra (aa. 1839 a 1846 del CC).

Cualquiera que sea la opción seleccionada, la arrendadora financiera no puede oponerse a su ejercicio, a menos que se trate de la prórroga del contrato cuando el arrendatario financiero se encuentre en estado de insolvencia y resulte previsible al realizar la operación, que carece de capacidad económica para pagar o responder por el importe de las parcialidades, produciendo quebranto patrimonial para la arrendadora financiera; en este caso la ley impone sanción de 2 a 10 años de prisión y multa de 250 a 2 500 días de salario mínimo general vigente a los funcionarios y empleados de la arrendadora financiera (organización auxiliar de crédito) que a pesar de ello renueven tales contratos (a. 97, fr. II, inciso C, de la LGOAAC).