

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LA CESION DE POSICION CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho Empresarial

Inés Julia Ana María de Fátima Villavicencio Puntriano

Código 19811032

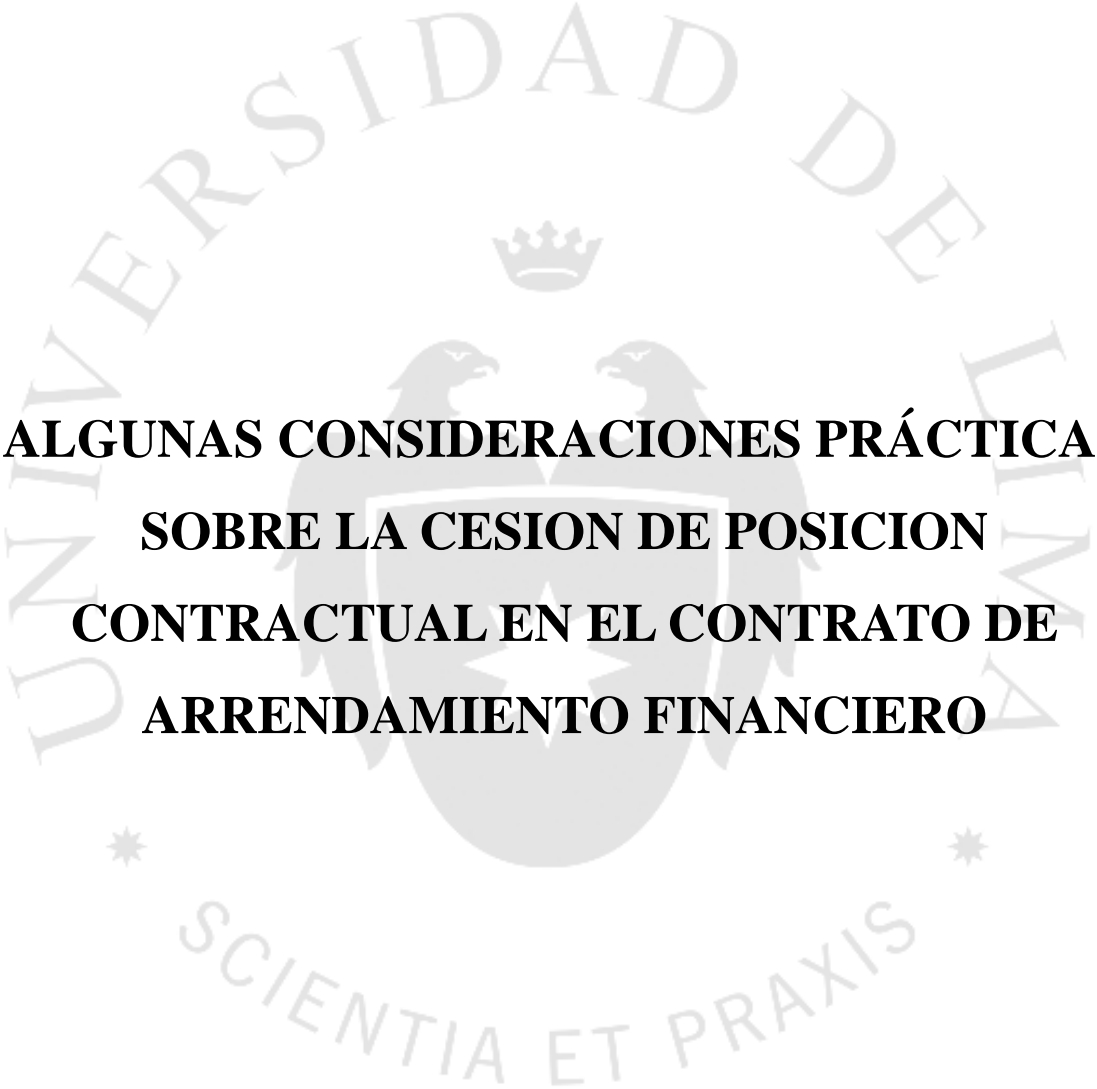
Asesores

Miguel Puga

Lima – Perú

Julio de 2017





**ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS
SOBRE LA CESION DE POSICION
CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE
ARRENDAMIENTO FINANCIERO**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO ..	4
1.1 Antecedentes	4
1.2 Definición	6
1.3 Naturaleza Jurídica	8
1.4 Diferencias con el denominado Leasing Operativo y Renting	11
1.5 Modalidades del contrato de arrendamiento financiero.....	13
1.6 Bienes materia del contrato de arrendamiento financiero	15
1.7 Obligaciones de las partes.....	16
1.8 Terminación del contrato de arrendamiento financiero.....	19
1.9 Tratamiento del arrendamiento financiero en el Perú: sus dos etapas	21
CAPÍTULO II: ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA CESION DE POSICION CONTRACTUAL	24
2.1 Definición de la cesión de posición contractual	24
2.2 Naturaleza jurídica de la cesión de posición contractual.....	25
2.3 Elementos básicos de la cesión de posición contractual.....	27
2.4 Participantes en la cesión de posición contractual.....	28
2.5 La cesión de posición contractual y su diferencia con otros esquemas jurídicos	29
CAPÍTULO III: LA CESION DE POSICION CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO	32
3.1. Procedencia de la cesión de posición contractual en el contrato de arrendamiento financiero	32
3.2. Análisis de alguna casuística relativa a la cesión de posición contractual en los contratos de arrendamiento financiero y sus consecuencias. .	33
3.2.1 Cesión de opción de compra.....	33
3.2.2 Cesión de la posición contractual del arrendatario en el contrato de arrendamiento financiero, a solicitud de éste.....	36

- 3.2.3 Cesión de la posición contractual del arrendatario en el contrato de arrendamiento financiero por incumplimiento de sus obligaciones. 40
- 3.3. ¿Es necesaria la regulación de la cesión de posición contractual en el contrato de arrendamiento financiero? ¿En todos los casos?47

CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE REGULACION DE LA CESION DE POSICION CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.....53

CONCLUSIONES62



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Esquema operativo del contrato de arrendamiento financiero	11
Figura 2. Depreciación del activo a la opción de compra	20
Figura 3. Impacto de la cuota como gasto al 100%	21
Figura 4. Depreciación lineal del activo como gasto	22
Figura 5. Comparación de la cuota como gasto vs depreciación lineal del activo	23
Figura 6. Cesión de posición contractual a solicitud del cliente, ampliándose el plazo ..	40
Figura 7 Efectos de la resolución del contrato de arrendamiento financiero.....	40
Figura 8 Efectos de la resolución del contrato de arrendamiento financiero.....	53



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Participación de mercado de arrendamiento financiero peruano	5
Tabla 2 Morosidad por banco en arrendamiento financiero (incluyendo lease-back) ...	41
Tabla 3 Morosidad según tipo y modalidad de crédito por empresa bancaria	43
Tabla 4 Provisiones exigibles	55



INTRODUCCIÓN

El contrato de arrendamiento financiero además de ser un contrato en sí, constituye una modalidad de financiamiento cuya reglamentación tiene en nuestro país más de 30 años. De acuerdo a la información publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFPs las colocaciones de esta forma de financiamiento al 30 de abril del 2017 ascienden a S/ 20,504,732 (en miles de soles).

El arrendamiento financiero se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 299 (1984), el cual ha permitido que esta modalidad contractual, sin cambiar su naturaleza, se haya ido innovando, cambiando, desarrollando, adaptándose a las necesidades que el mercado requería como mecanismo de financiamiento. Es así como se ha convertido en una forma habitual de financiar centros comerciales, proyectos inmobiliarios de oficinas, plantas generadoras de energía eléctrica, entre otras.

Ha sido, la cesión de posición contractual, regulada en nuestra legislación a partir del Código Civil de 1984, la que ha permitido conjuntamente con el arrendamiento financiero, buscar alternativas innovadores que permitan por un lado, darle mayores seguridad a las instituciones financieras y, por el otro, desde la perspectiva de los clientes, poder tener acceso a financiamientos a mediano y largo plazo.

El mercado de arrendamiento financiero y, los partícipes en éste, han ido autorregulando diversos mecanismos en los que, se ha logrado que todos actúen de forma similar en situaciones como la cesión de posición contractual únicamente de la opción de compra o la cesión de posición contractual solicitada por el cliente faltando menos de un año para la finalización del contrato, o los “arrendatarios sustitutos”, entre otros.

Cabe señalar que uno de los aspectos que la autorregulación no ha podido solucionar es el de la resolución del contrato de arrendamiento financiero, es una de las situaciones más críticas que las partes enfrentan, pues la resolución por sí misma no soluciona el problema. Por temas regulatorios las entidades financieras se ven obligadas

a constituir provisiones y, los arrendatarios financieros deben pagar sumas que probablemente deterioren su situación financiera.

Ante tal situación se propone un régimen excepcional que permitiría un mecanismo que pueda ejecutarse de forma previa a la resolución del contrato de arrendamiento financiero, estableciendo incentivos distintos para cada una de las partes, siendo objetivo el final que se logre una cesión de posición contractual a favor de un tercero o la venta del activo subyacente al contrato de arrendamiento financiero, de forma tal que la resolución solo sea una alternativa de última instancia.

Para ello, el presente trabajo de investigación se ha estructurado de la siguiente manera:

En el capítulo primero, relativo al contrato de arrendamiento financiero se analizarán los antecedentes, naturaleza jurídica, diferencias con otras estructuras jurídicas, las modalidades de leasing que nuestra legislación acepta, las partes intervinientes y las obligaciones a cargo de cada una de ellas. Incluyendo las consecuencias de la resolución del contrato de arrendamiento financiero.

Es en el capítulo segundo se tratarán algunas consideraciones sobre la cesión de posición contractual, considerando para tal efecto la definición de la misma, su naturaleza jurídica, los elementos básicos y las partes involucradas.

El capítulo tercero, trata particularmente de la cesión contractual en los contratos de arrendamiento financiero, realizando un análisis de lo que ocurre en el mercado, que no encontramos en la literatura jurídica; la forma cómo las partes del contrato van desarrollando mecanismos que permiten la adecuación del arrendamiento financiero a sus necesidades, cómo por ejemplo que las instituciones financieras aceptan financiar proyectos inmobiliarios sin que sea necesaria la adquisición del terreno.

Es en el capítulo tercero que analizaremos tres modalidades que se presentan en el mercado y cómo éste ha ido autorregulando su desarrollo de forma tal que a la actualidad son mecanismos plenamente aceptados por las partes.

En el último numeral del capítulo tercero, nos cuestionaremos si es necesaria la regulación normativa de la cesión de posición contractual en los contratos de arrendamiento financiero, particularmente en el supuesto que el éste haya incurrido en una causal de resolución del contrato.

Finalmente, en el capítulo cuarto, nos permitimos realizar una propuesta normativa, consistente en proyecto Resolución, que emita la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, en mérito de las atribuciones que le otorga el artículo 349 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702, 1996), a través de la cual que regule un régimen de excepción, tanto para el arrendatario como para la institución financiera, pudiendo establecer un mecanismo que sea previo a la resolución del contrato, a efectos de incentivar a las partes a la búsqueda de alternativas, siendo una de ellas la cesión de posición contractual a favor de un tercero.



CAPÍTULO I: DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

1.1 Antecedentes

Si bien es cierto que en nuestra legislación encontramos regulado el contrato de arrendamiento financiero en el Decreto Ley 18957 (1971), emitido durante el Gobierno Militar de Velasco Alvarado, es recién con la promulgación del Decreto Legislativo N° 299 (1984) promulgado durante el segundo gobierno de Belaúnde Terry, que ésta forma de financiamiento comienza a tener mayor desarrollo. Recordemos que en la década del 80, nuestro país se encontraba en una serie crisis económica, requiriéndose que los industriales y empresarios inviertan en diversas actividades económicas a efectos de poder dinamizar la economía del país. Es en el contrato de arrendamiento financiero que los empresarios encuentran una nueva alternativa que les posibilita invertir en activos fijos gozando de atractivos beneficios tributarios, como la reducción del pago de su impuesto a la renta.

El arrendamiento financiero posibilitaba a los empresarios invertir en bienes de capital, sin que ello implique gran aporte dinerario de su parte, que si bien es cierto no les otorgaba la calidad de propietarios del activo, sí les permitía utilizarlo en sus actividades industriales. Otro aspecto interesante para los empresarios consistía en que esta forma de financiamiento estaba concebida para que sea a mediano o largo plazo.

Hasta esa fecha las empresas bancarias o financieras no tenían posibilidad de adquirir bienes muebles o inmuebles que no se destinen a su objeto social, con la nueva legislación, al poder otorgar financiamientos a través de contratos de arrendamiento financiero, se posibilitaba a las empresas bancarias o financieras a invertir en activos que no iban a ser destinados al funcionamiento propio de la institución.

Cabe mencionar que no todos los países tienen la misma perspectiva legislativa sobre los contratos de arrendamiento financiero; en el caso de Estados Unidos de Norteamérica el tratamiento es semejante a un alquiler que al cabo de determinado tiempo, el bien materia de contrato pueda ser renovado por uno tecnológicamente más

desarrollado como por ejemplo vehículos más modernos o maquinaria con nueva tecnología. En otros países la legislación se enfoca más a contratos de arrendamiento financiero inmobiliarios con gran desarrollo en el ámbito habitacional.

En la plaza financiera peruana, no todas las entidades que pertenecen al sistema financiero celebran contratos de arrendamiento financiero, particularmente las entidades dedicadas al retail como Mibanco, Banco Falabella, Banco Ripley, Banco Azteca o Banco Cencosud no participan en el mercado de arrendamiento financiero, su segmento del mercado es diferente.

Al 31 de marzo del 2017, la participación de mercado de los bancos que celebran contratos de arrendamiento financiero, es la siguiente:

Tabla 1¹

Participación de mercado de arrendamiento financiero peruano – Instituciones bancarias

	Empresas	Monto S/	Participación (%)
1	B. de Crédito del Perú	8,021,646	37.85
2	B. Continental	5,141,939	24.26
3	Scotiabank Perú	3,291,656	15.53
4	Interbank	1,690,032	7.97
5	B. Interamericano de Finanzas	1,465,217	6.91
6	B. Santander Perú	771,597	3.64
7	B. Financiero	501,218	2.36
8	B. GNB	179,825	0.85
9	Citibank	91,814	0.43
10	B. ICBC	34,595	0.16
11	B. de Comercio	4,772	0.02

¹ Información obtenida del Balance de Comprobación. Incluye la cartera vigente, refinanciada, reestructurada, vencida y en cobranza judicial. No incluye sucursales del exterior. Información al 31 de marzo del 2017 (en miles de soles). Web sbs.gob.pe

12	Mibanco	-	-
13	B. Falabella Perú	-	-
14	B. Ripley	-	-
15	B. Azteca Perú	-	-
16	B. Cencosud	-	-

1.2 Definición

En la doctrina no existe unanimidad tanto respecto a la definición como a la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero, sin embargo es interesante el enfoque propuesto por Broseta Pont (2011) al considerar que:

Se trata de una técnica de financiación muy difundida en la práctica. Presupone el leasing (también denominado “arrendamiento financiero”) la existencia de una operación de financiación a mediano o largo plazo, mediante la cual quien necesita un bien –normalmente maquinaria o bienes de equipo- contrata con un intermediario financiero, para que éste lo adquiera del fabricante con el fin de cederle posteriormente su uso por un tiempo determinado mediante el pago de un canon periódico, transcurrido el cual dispondrá de un derecho de opción, que le permitirá quedarse con el bien (pagando el valor residual del mismo) o no ... (p. 278-279)

Hay elementos en los que diversos autores coinciden con relación al contrato de arrendamiento financiero, uno de ellos es que se trata de un financiamiento a mediano plazo respecto de activos dedicados a la industria o al ámbito empresarial, una de las partes es una institución del sistema financiero, el cliente hace uso del activo directamente y, al final del contrato el cliente tiene derecho a adquirir el activo.

En el Perú contamos con una definición normativa del contrato de arrendamiento financiero (artículo 1° del Decreto Legislativo N° 299, 1984) al precisarse que se considera Arrendamiento Financiero, el Contrato Mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado.

La definición normativa con que contamos, no establece particularidades a nivel de detalle, como podría ser el tipo de bien, o la calidad de las partes, o el valor final por el que se adquieren los activos, esa visión para poder haber realizado así la definición,

ha permitido que el contrato haya ido evolucionando a través de los años sin que sea necesaria una modificación legislativa, pues con la definición con la que contamos permite que el mercado pueda ir definiendo algunos aspectos. Tal es el caso, por ejemplo que no se establece que necesariamente el arrendatario financiero sea una persona natural, sin embargo por aplicación de temas tributarios, usualmente las personas naturales no acceden al financiamiento a través del arrendamiento financiero, pues las cuotas periódicas estarían gravadas con el Impuesto General a las Ventas, lo que les encarecería el financiamiento. Esta definición también ha permitido, por ejemplo, que puedan ser materia de arrendamiento financiero inmuebles futuros, bajo la condición que éstos existan, esta visión recién comenzó a utilizarse a mediados de la década de los noventa y ha permitido que hoy en día la forma de financiamiento de los centros comerciales sea mayoritariamente a través de arrendamiento financiero, o también proyectos de infraestructura como centrales hidroeléctricas o turbinas eléctricas.

Soria Aguilar (2016) señala “El leasing, en palabras de Etcheverry, “es una técnica de financiamiento regida por las reglas y parámetros propios de los negocios financieros.” Es decir, el contrato de leasing implica que la empresa dedicada a esta actividad, simplemente, se encargará de financiar el arrendamiento financiero” (p. 82) En realidad, no resulta exacto lo indicado por Etcheverry, pues el arrendamiento financiero es la única modalidad de financiamiento que le permite a la entidad financiera gozar de la propiedad del activo, por lo tanto sus estándares de análisis de riesgo no son los mismos que los que se utilizan en otras formas de financiamiento; las evaluaciones se realizan a dos niveles distintos, por un lado, la evaluación de la capacidad de pago del deudor, y por otro, la relevancia del activo respecto de las actividades del deudor con la evaluación del valor del activo en el mercado secundario en caso que el contrato se resuelva.

Otro elemento interesante que nuestra ley contiene, es la falta de especificaciones respecto de la cuota, lo único que menciona sobre el particular el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 299 (1984) es que ésta sea periódica. Usualmente las cuotas son mensuales; sin embargo dependiendo de la actividad del arrendador financiero la periodicidad de ésta podría variar, tal sería el caso de una empresa cuya mayor venta se realice en determinada época del año, en este caso las cuotas podrían ser diferenciadas dependiendo del flujo de caja del arrendatario financiero.

Otro elemento interesante a tener en cuenta en la definición normativa ya aludida, es la referencia a que el uso del activo debe ser realizado por el arrendatario, sin embargo el reglamento establecido por Decreto Supremo N° 554-84-EFC (1984), artículo 38, admite que los bienes materia del contrato de arrendamiento financiero puedan ser subarrendados, previa autorización del arrendatario financiero. Cabe indicar que estrictamente no se trata de un subarrendamiento, sino de un arrendamiento civil, pues la posición de arrendador financiero sólo podrá ser detentada por una empresa debidamente autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, y esa calidad no la detenta el arrendatario financiero.

Con gran criterio nuestra definición normativa no hace referencia al proveedor, ello refuerza la posición en el sentido que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato bilateral y no trilateral, pues la participación del proveedor de los bienes que serán materia del contrato de arrendamiento financiero se reduce a la de suministrar dichos bienes al arrendador financiero, siendo por tanto dicha relación jurídica una de compra venta, que tendrá una existencia propia, en la que no participa el arrendatario financiero. Reforzando esta posición, traemos a colación el supuesto que el contrato de arrendamiento financiero verse respecto de bienes que anteriormente han sido objeto de otro contrato de arrendamiento financiero, en el que el arrendatario financiero no ejerció su derecho de opción de compra o, también, puede tratarse de bienes producto de contratos de arrendamiento financiero que hayan sido resueltos. La no existencia inmediata previa de un contrato de compraventa entre el arrendador financiero y el proveedor, no desnaturaliza la existencia de un contrato de arrendamiento financiero.

El contrato de arrendamiento financiero es un contrato bilateral, en el que las partes manifiestan su voluntad para contratar, por tanto resulta ser consensual, con diversas prestaciones a cargo de cada una de las partes; contrato que además tiene, sin lugar a dudas, un contenido patrimonial.

1.3 Naturaleza Jurídica

Como ya se ha mencionado, en la doctrina no hay consenso respecto de la definición ni sobre la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero, por lo que suele encasillarla dentro de aquellas estructuras legales ya establecidas, sin considerar aspectos particulares especiales.

En términos generales coincidimos con Sanchez Calero (2010), que al pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero explica que

... el arrendamiento financiero –distinto, por supuesto, de un simple contrato de arrendamiento- no puede equipararse a una venta a plazos o a crédito, ni a un arrendamiento con opción de compra, sino que ha de considerarse como una figura especial que sirve para financiar la adquisición de ciertas cosas. (p. 291)

Resaltamos que la voluntad de las partes no es la de realizar un contrato de compra a plazos, ni tampoco suscribir un contrato de arrendamiento o de alquiler, ni tampoco se trata de un mandato encubierto; en realidad lo que subyace es que la voluntad de las partes está dirigida a brindar y obtener un financiamiento. Por un lado está, la empresa arrendadora, que usualmente es una institución perteneciente al sistema financiero, cuyo objeto es brindar financiamientos de diversos tipos, no interesándole realizar una venta a plazos o rentabilizar un arrendamiento, puesto que la normativa regulatoria no les permite invertir en bienes, sean éstos muebles o inmuebles, que no se vinculen con la consecución de su objeto social. Por otro lado está el arrendatario financiero, cuya única intención es que se le otorgue un financiamiento que le permita hacer uso del activo.

Si aceptáramos que se tratara de un contrato de compra venta a plazos, ello implicaría que el arrendatario financiero tendría la obligación de adquirir el activo, o lo hubiese ya adquirido con el acuerdo de voluntades, pagando el “precio de venta” en el transcurso del contrato de arrendamiento financiero. Sin embargo, la opción de compra de la que goza el arrendatario financiero es un derecho, el cual puede ejercerlo o nó, y, en caso que no lo ejerciera no estaría incumpliendo ningún mandato legal ni contractual. En la práctica los arrendatarios financieros suelen no ejercer la opción de compra pactada a su favor respecto de aquellos bienes cuya obsolescencia es más rápida, como lo son los equipos de cómputo, o aquellos que por los avances tecnológicos pierdan vigencia por ello se argumenta que el “riesgo del activo” lo asume la entidad financiera.

Tampoco se trata de un contrato de arrendamiento con opción de compra, pues la voluntad del arrendatario financiero no se circunscribe a la necesidad de uso o posesión del activo, sino que la necesidad que pretende cubrir con el contrato de arrendamiento financiero es un financiamiento.

Sobre el particular Broseta Pont (2011), sostiene que se trata de una forma de financiamiento al establecer que:

Más bien ha de entenderse que nos hallamos frente a un verdadero contrato sui generis de financiación. En efecto, es indudable que el financiado acude a la sociedad de leasing buscando financiación, pero no tanto para adquirir la propiedad del bien, cuanto su uso efectivo durante el plazo normal de amortización (la “vida útil”) del mismo (por ello, genuinas operaciones de leasing no suele hacerse uso del derecho de opción que necesariamente tiene que contemplar el contrato. Se trataría, por tanto, de una alternativa a la compraventa a plazos de bienes muebles, aunque obviamente distinta ...) (p. 280)

También se ha tratar de explicar la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero, asemejándolo a un contrato de mandato, siendo el arrendador financiero quien gozaría de la calidad mandatario de su contraparte. Rodríguez Azuero (2009) menciona sobre el particular que:

Tesis que ha sido censurada pues se advierte, con acierto a nuestro juicio, que si fuera un mandato se adquirirían en cabeza del mandante, usuario, y como hemos visto tal cosa no acaece en la realidad, por cuanto sólo los recibe a título de arrendamiento. (p. 490)

Consideramos que el arrendamiento financiero es una forma de financiamiento sui generis, que no puede encuadrarse ni en las formas de financiamiento ni en las estructuras legales existentes. Efectivamente, no hay ninguna otra forma de financiamiento que posibilite al arrendador financiero a detentar la propiedad de un bien que a su vez es materia de un financiamiento, así como tampoco ninguna estructura legal existente previa a la normatividad del arrendamiento financiero que explica por sí sola la naturaleza del mismo.

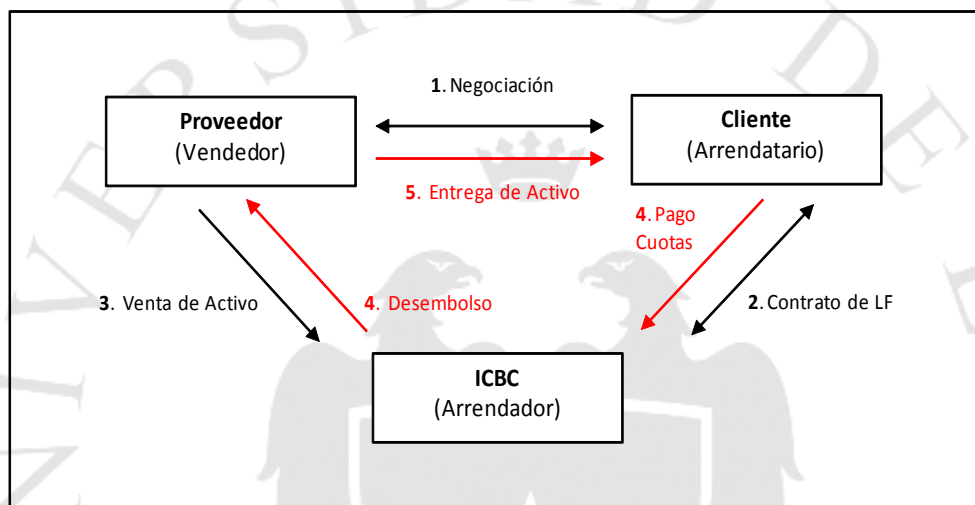
La particularidad que la institución financiera detente la propiedad del activo, posibilita a que ésta pueda realizar un análisis de riesgo distinto de la operación de financiamiento, pues no se tratará únicamente de analizar la capacidad de pago del deudor, ni bastará analizar del mercado en que el cliente se desarrolla, sino también deberá hacer una evaluación del activo subyacente al contrato de arrendamiento financiero; en caso de incumplimiento del deudor, no sólo se podrá cobrar al deudor ejecutando su patrimonio, sino que el activo podrá ser vendido o recolocado nuevamente en un contrato de arrendamiento financiero con un tercero, de esa forma la

entidad podrá hacerse cobro del monto adeudado por el cliente originario. Esta posibilidad no es factible en ninguna otra forma de financiamiento, ni siquiera en el fideicomiso.

Si tendríamos que esquematizar la operativa de este contrato articular, tendríamos:

Figura 1

Esquema operativo del contrato de arrendamiento financiero



1.4 Diferencias con el denominado Leasing Operativo y Renting

En nuestra legislación el denominado leasing operativo no tiene una normativa propia como tal, se trata más bien de un arrendamiento puro y simple, en mérito del cual el arrendador se obliga a ceder por un tiempo determinado al arrendatario un bien específico, ello a cambio de una contraprestación.

La particularidad es que en el leasing operativo, es usual que la arrendadora no sea propietaria del bien que será materia del contrato, en esa situación necesariamente deberá adquirirlo del proveedor que usualmente es determinado por la arrendataria. Además, el mantenimiento y futuras reparaciones del activo son encomendadas al proveedor o los representantes de éste para brindar el servicio, siendo de cargo de la arrendataria los costos que pudieran generarse.

Al término del contrato, si el arrendatario quisiera adquirir el activo, necesariamente deberá celebra un contrato de compraventa (al igual que el contrato de

arrendamiento financiero), la diferencia radica es que el valor a pagarse por el activo deberá ser el que las partes acuerden y no un valor residual como es el que se paga al momento de ejercer la opción de compra en el contrato de arrendamiento financiero. Para efectos del impuesto a la renta, el valor de la transferencia deberá ser el valor de mercado.

En el mercado nacional las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFI), usualmente celebran este tipo de contrato con cargo a los fondos que administran.

En algunos casos particulares, los contratos de leasing operativo se firman conjuntamente con contratos de opción de venta, a través de la cual la arrendadora al ejecutar la opción la arrendataria se encuentra en la obligación de adquirir el activo.

Al ser considerado un alquiler el leasing operativo, el pago que realiza el arrendatario en favor del arrendador constituye un gasto, por lo que, si se trata de personas jurídicas, será registrado contablemente como un gasto corriente, no registrable como deuda; en cambio si se tratase de un leasing financiero, el contrato deberá ser registrado contablemente como deuda (pasivo). Esta diferencia también es relevante, no sólo por la forma de contabilización, pues en el supuesto que la empresa arrendataria desee emitir por ejemplo bonos para efectos de sus ratios financieros no se toma en cuenta el leasing operativo pero sí el arrendamiento financiero.

Finalmente, en el supuesto que el arrendatario sea una persona jurídica, si celebra un contrato de leasing operativo las cuotas del mismo constituirán gasto corriente depreciando el activo la locadora de acuerdo a la vida útil del mismo, en cambio si se trata de un arrendamiento financiero, la depreciación puede corresponder al arrendatario financiero en el plazo del contrato.

Por otro lado, el contrato de renting, también implica por sí mismo un arrendamiento, sin embargo tiene ciertas particularidades. Sobre el tema Rodríguez Azuero (2009) comenta:

Este contrato se asemeja por muchos aspectos ha llamado leasing operativo, supone la existencia de materiales en poder de la sociedad y elimina, desde luego, la llamada etapa de colaboración entre las partes destinadas a la adquisición de los bienes, los cuales son simplemente arrendados al usuario. Se acompañan de una serie de servicios exclusivos a favor del arrendador para el mantenimiento, reparación, asistencia técnica,

etc. de los bienes. En esta clase de contrato, que guarda desde luego similitudes con el leasing, es sumamente remota la opción de compra para el usuario y, por el contrario, es bien frecuente el caso de que las sociedades arrendadoras se nieguen a venderlos pues parte de su estructura de mercado implica conservar los equipos bajo su dominio en forma definitiva. (p. 494)

La naturaleza jurídica tanto del leasing operativo como del renting obedecen al arrendamiento, cada uno de ellos con ciertas particularidades. En el caso de renting, por ejemplo, el arrendatario usualmente escoge los bienes que tiene el arrendador en stock, tal es el caso del renting de máquinas impresoras, máquinas fotocopiadoras, inclusive vehículos.

1.5 Modalidades del contrato de arrendamiento financiero.

En doctrina se reconoce dos modalidades de arrendamiento financiero, el directo y el sale and lease back. En principio, en el arrendamiento financiero directo, el arrendador financiero debe adquirir los bienes que serán materia del contrato a un tercero denominado proveedor, de acuerdo a las especificaciones técnicas que el arrendatario financiero haya determinado. Tal facultad es reconocida por el segundo párrafo del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 299 (1984), siendo considerado como un derecho irrenunciable del arrendatario financiero, por ende será su responsabilidad que los bienes sean los adecuados para el uso que les brindará. En cambio el sale and lease back o retro arrendamiento financiero, el proveedor de los activos es el propio arrendatario. Sobre el particular, Borda (2012) comenta

El lease-back es otra modalidad de leasing que ha generado alguna discusión en cuanto a su admisibilidad. Este contrato consiste en una operación por la cual un propietario de un bien de capital vende éste a una persona física o jurídica (aunque normalmente es una compañía financiera), la que a su vez, lo alquila al vendedor, con el derecho de éste a recomprar el bien a la terminación del contrato.

De esta manera, el tomador no se desprende materialmente de la cosa, obtiene un fuerte ingreso de fondos, evita la inmovilización de capitales de bienes de uso, conserva el derecho de readquirir el bien y puede obtener mejores tasas de interés debido a que el crédito está garantizado con la propiedad de ese bien. Para el dador, se trata de una nueva forma de garantía, inclusive más eficaz que la prenda o la hipoteca, puesto que transmite la propiedad del bien. (p. 769)

Dependiendo de la naturaleza del activo o bien materia del contrato de arrendamiento financiero, es que en el mercado se les denomina de diversa forma, tal es el caso de un arrendamiento financiero inmobiliario o de construcción o de importación, o vehicular, pero todos y cada uno de ellos será o un arrendamiento financiero directo o un lease-back.

De acuerdo a nuestra legislación la celebración de un contrato de arrendamiento financiero puede, en la medida que se cumplan con ciertos requisitos, tener efectos especiales en el pago del impuesto a la renta, existiendo un tratamiento diferenciado entre la modalidad directa y la de lease-back. Es el artículo 18 del Decreto Legislativo N° 299 (1984) que establece que los bienes materia de un contrato de arrendamiento financiero sean considerados como activo fijo del arrendatario (a pesar de ser de propiedad del arrendador financiero) y se deprecian en el plazo usual de cualquier activo fijo establecido por las normas tributarias. Sin embargo, permite excepcionalmente, que se utilice una depreciación acelerada, determinada de manera lineal considerando el plazo del contrato, para ello debe cumplirse con los requisitos que la indicada norma establece, cuales son:

- Su objeto exclusivo debe consistir en la cesión en uso de bienes muebles o inmuebles, que cumplan con el requisito de ser considerado costo o gasto para efectos de la Ley del Impuesto a la Renta.
- El arrendatario debe utilizar los bienes arrendados exclusivamente en el desarrollo de su actividad empresarial.
- La duración mínima del contrato será de dos años en caso el objeto del mismo sean bienes muebles o de cinco años en caso se trate de bienes inmuebles.
- La opción de compra solo podrá ser ejercitada al término del contrato.

El tratamiento tributario de los contratos de arrendamiento financiero bajo la modalidad de lease-back es distinto, siendo de aplicación el último párrafo del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 299 (1984), el cual señala que el régimen de depreciación que ha venido utilizando el arrendatario financiero, deberá permanecer vigente a pesar que legalmente ya no es el propietario del activo. No podemos dejar de señalar que los términos del referido artículo 18, no son los más adecuados pues hacen referencia a cesionarios y cedente cuando en realidad no tienen y tal condición.

1.6 Bienes materia del contrato de arrendamiento financiero

De conformidad con el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 299 (1984), los bienes materia del contrato de arrendamiento financiero pueden tratarse de bienes muebles o inmuebles, debiendo ser éstos plenamente identificables, por ello algunas instituciones financieras, en caso de bienes muebles colocan unas placas de identificación a los mismos.

Tanto las diversas legislaciones como la doctrina reconocen que no podrán ser materia de contratos de arrendamiento financiero aquellos bienes consumibles. Sin embargo la legislación con relación a los intangibles como software, marcas, patentes, derechos de llave, estudios de factibilidad, estudios de impacto ambiental, servicios legales o contables no es uniforme. Los cuestionamientos sobre el particular son diversos, desde cuál es el mercado secundario de estos bienes, en caso deban ser transferidos ante la resolución del contrato de arrendamiento financiero por incumplimiento del arrendatario financiero como también que no serían concordante con lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto Legislativo N° 299 (1984) al establecer que para efectos tributarios los bienes objeto del contrato de arrendamiento financiero se consideran activos fijos del arrendatario y son materia de depreciación. Los intangibles no se deprecian, por su naturaleza se amortizan.

En la realidad hay algunos servicios que si bien es cierto no son activos fijos, si pueden ser materia del contrato de arrendamiento financiero, tal es el caso por ejemplo de los servicios que se requieren para la instalación de una maquinaria o el flete o los derechos aduaneros en los leasing de importación, la justificación en estos casos es que estos servicios son indispensables para que el activo pueda operar o ingresar al país. Respecto de los software, en la práctica se presentan dos posibilidades, las que para un mejor entendimiento procedemos a graficarlas: la primera de ellas es que si se trata de un leasing directo de hardware por S/100 pero al revisar la factura notamos que el proveedor ha discriminado los bienes materia de transferencia, indicando que el hardware corresponden S/ 95 y el software es por S/ 5, en esa situación usualmente es aceptada, pues se trata de todo el sistema operativo que requiere el hardware para su funcionamiento. Sin embargo, si la factura del proveedor por S/100, resulta que S/ 95 corresponde al software y S/ 5 por el hardware en realidad de lo que se trata es de la

venta es del software, siendo el hardware un accesorio, en este último supuesto las entidades del sistema financiero suelen no aceptarlo.

1.7 Obligaciones de las partes

Como hemos señalado el contrato de arrendamiento financiero es por naturaleza bilateral, siendo sus partes el arrendador y el arrendatario financiero. El proveedor de los bienes que serán materia del contrato de arrendamiento financiero no forma parte de éste.

Con relación al arrendador financiero, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 299 (1984), establece que cuando resulta domiciliado en el país deberá necesariamente ser una empresa, bancaria, financiera o cualquier otra empresa autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, sobre el particular la Ley N° 26702 (1996), en su artículo 282 incluye como empresas del sistema financiero a las empresas de arrendamiento financiero, considerándola como aquella cuya especialidad consiste en la adquisición de bienes muebles e inmuebles, los que serán cedidos en uso a una persona natural o jurídica, a cambio del pago de una renta periódica y con la opción de comprar dichos bienes por un valor predeterminado. La Superintendencia de Banca y Seguros y AFP ejerce el control y supervisión de las empresas conformantes del sistema financiero.

Esencialmente el arrendador financiero es el responsable de adquirir los bienes que serán materia del contrato de arrendamiento financiero, por lo tanto es quien provee los recursos necesarios para la adquisición.

Suele la doctrina reconocer, que una de las obligaciones del arrendador financiero es entregar al arrendatario los bienes materia del contrato, sin embargo, esta obligación no se desprende del Decreto Legislativo N° 299, sino más bien de la supletoriedad de las norma del arrendamiento contempladas en el Código Civil (1984). Sin embargo, las partes en los respectivos contratos de arrendamiento financiero pactan que esta obligación no se encuentra a cargo del arrendador financiero, sino más bien se suscribe un acta de entrega y aceptación por parte del arrendatario financiero en que deja constancia no sólo que ha recibido los bienes, sino que éstos están conformes a las especificaciones técnicas que había indicado.

El Decreto Legislativo N° 299 (1984) no establece que el arrendatario financiero deba ser persona natural o jurídica, más bien es el artículo 282 de la Ley N° 26702 (1996), Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, que menciona que pueda tratarse tanto de una persona natural o jurídica. Sin embargo, por normas de distinta naturaleza, usualmente las personas naturales no recurren al arrendamiento financiero como una alternativa de financiamiento, la razón es de índole tributaria; en aplicación del inciso C del artículo 3 de la Ley del Impuesto General a las Ventas (en adelante IGV), cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 055-99-EF (1999), el servicio de arrendamiento financiero se encuentra gravado con el IGV, ello es un costo que es factible de utilizar como crédito fiscal en caso de las personas jurídicas, sin embargo para las personas naturales es un costo irrecuperable.

Por ejemplo, si se adquiere un vehículo por un crédito vehicular de S/ 1 000 a una tasa de interés X, las cuotas mensuales serán de S/ 10 cada una, pero si el mismo vehículo, a la misma tasa de interés y al mismo plazo se financia por arrendamiento financiero, las cuotas mensuales serán de S/ 10 más S/1.8 por IGV, siendo que al final pagaría S/ 11.8; en el caso de la persona natural hay un sobre costo, ello determina que no accedan a este tipo de financiamiento.

La doctrina suele determinar que las principales obligaciones del arrendatario financiero son, escoger y brindar las especificaciones de los bienes que serán materia del contrato de arrendamiento financiero; pagar el monto de las cuotas, sean éstas ordinarias, pre cuotas o cuotas extraordinarias; y, asumir toda aquella obligación que en mérito del contrato han sido atribuidas a éste.

Con relación a la determinación de los bienes materia del contrato de arrendamiento financiero, Rodríguez Azuero (2009), precisa:

Obsérvese, de otra parte, que escoger libremente el material parece ser posibilidad propia del leasing financiero que lo distingue, en primer término, del renting, en donde es forzoso escogerlo dentro del stock en poder de la sociedad arrendadora, sin que ésta pueda imponérsele el producido por un tercero. Lo que tampoco puede hacerse en caso de leasing operativo, cuando es celebrado con la misma entidad proveedora de los bienes. (p. 495)

Como ya lo mencionáramos, el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 299, establece como derecho irrenunciable de la arrendataria la determinación de las especificaciones

de los bienes materia del contrato de arrendamiento financiero, así como la determinación del proveedor de los mismos.

También es una obligación a cargo del arrendatario financiero el pago de las cuotas pactadas en el contrato, siendo éstas las siguientes:

- Cuota ordinaria, es aquella cuota que sirve para amortizar parte del financiamiento otorgado por la arrendadora a la arrendataria financiera. Estas cuotas son periódicas, y no necesariamente iguales, tienen un componente de capital y de interés. En el supuesto que las partes hayan pactado que el seguro correspondiente a los activos formará parte del financiamiento, las cuotas ordinarias también tendrán un componente económico para pagar el seguro.
- Cuota extraordinaria, es aquella cuota cuyo objetivo consiste en reembolsar aquellas sumas de dinero que la arrendadora financiera haya tenido que pagar por diversas circunstancias, puede tratarse de pago de impuesto vehicular, pago de multas por infracciones de tránsito, pago por inspecciones, entre otras, en el contrato debe haberse pactado que estos conceptos serán asumidos por el arrendatario financiero.
- Pre cuota, es aquel monto de dinero que el arrendatario paga al arrendador financiero en contraprestación por las sumas de dinero que ésta ha desembolsado antes de la activación del contrato; se trata solo de intereses, no se amortiza el capital financiado. Las pre cuotas solo tienen cabida en los contratos de arrendamiento financiero “en proceso”, ya sea que se trata de una importación y los bienes aún no han sido despachados a consumo o un de una construcción, en los que se realizan desembolsos parciales hasta que el activo tenga existencia.

Sobre el particular, Soria Aguilar (2016) nos precisa

Precisamente por su especial función de financiamiento, las cuotas de leasing que el arrendatario financiero se obliga a pagar a favor de la empresa de leasing no constituyen una mera remuneración por el uso del bien, sino el pago de algo totalmente distinto: el pago de todos los conceptos incluidos en el financiamiento. En esta orientación, Barrera Delfino sostiene que la “cuota de leasing abarca el pago de los siguientes conceptos:

- La amortización del capital prestado por la entidad financiera.
- El interés correspondiente por la finalización acordada (margen de beneficio).
- El precio por el uso del bien propiamente dicho
- Los riesgos inherentes al estado de conservación del bien a su restitución y su ulterior colocación al mercado. (p. 78)

En la práctica la arrendataria financiera, en mérito del contrato suscrito, asume una serie de obligaciones adicionales como, contratar el seguro, defender la posesión del activo, mantener el activo en buen estado de conservación, utilizar el bien de acuerdo a las instrucciones del proveedor, entre otras.

Será obligación del arrendatario financiero el pago del monto de la opción de compra pacta, sólo en el supuesto que éste la haya ejercido.

1.8 Terminación del contrato de arrendamiento financiero

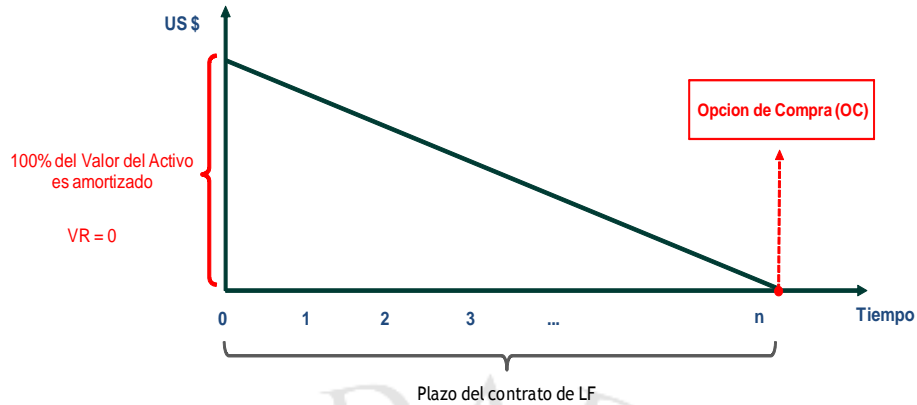
La forma natural en que concluya el contrato de arrendamiento financiero es al vencimiento del plazo pactado por las partes, éste es un término objetivo, bastará sólo el transcurso del tiempo y que las partes hayan cumplido con las obligaciones a su cargo.

Sólo si el arrendatario financiero hubiere ejercido la opción de compra a su favor, tendrá la obligación de pagar el monto pactado por la transferencia, en cuyo caso será obligación del arrendador financiero realizar la transferencia del activo.*

Usualmente, al término del plazo, el arrendatario financiero ejerce la opción de compra, cuando el activo o bien materia del mismo se encuentra totalmente depreciado en el plazo del contrato, es decir:

Figura 2.

Depreciación del activo a la opción de compra



Ello implica que el monto de la opción de compra no puede estar destinada a amortizar parte del capital que se invirtió en la adquisición del bien, sino es un valor adicional, para el arrendador financiero. El monto de la opción de compra nunca puede formar parte de la amortización que deba efectuarse, pues recordemos que la opción de compra es un derecho que el arrendatario financiero puede ejercer a su favor o no; en el supuesto que no ejerza la opción de compra y ésta forme parte del capital, financieramente el arrendador no habrá recuperado el “capital” que invirtió para adquirir el activo.

En los contratos de arrendamiento financiero se pactan diversas causales por las cuales se puede resolver el contrato, tal es el caso de la falta de pago de cuotas ordinarias, o de cuotas extraordinarias o de pre cuotas; si la arrendataria financiera enajenara o traspasara sus bienes o empresa, en todo o en parte, así se deriven de procesos de reorganización de sociedades, o se encontrara en estado de cesación de pagos, declaración de insolvencia, se acogiera a concurso preventivo o al procedimiento concursal, cuando cese en sus actividades o variara su objeto social, entre otros.

En el supuesto que el contrato de arrendamiento financiero sea resuelto, será obligación del arrendatario financiero, devolver los bienes que fueron objeto del mismo, pagar las cuotas ordinarias o cualquier otra suma de dinero que pudiere estar pendiente de pago, además, contractualmente se pacta que se darán por vencidas las cuotas por vencer (aceleración de plazos). Sobre éste último aspecto, las conclusiones del Pleno Nacional Comercial del Poder Judicial del Perú – Proceso Único de Ejecución, desarrollado en la ciudad de Lima los días 18 y 19 de julio del 2004, sostuvo que resuelto el contrato de arrendamiento financiero ¿puede la empresa locadora iniciar la acción judicial para solicitar la devolución del bien objeto del leasing y a la vez cobrar el monto total de las cuotas dadas por vencidas?, el Pleno adoptó por mayoría el criterio

que si se puede, en razón a que la locadora tiene todo el derecho a pedir la recuperación del bien objeto de arrendamiento financiero por ser de su propiedad y además cobrar las cuotas que fueron declaradas vencidas. A pesar del Pleno Casatorio antes mencionado, algunos órganos jurisdiccionales, en el Perú no han tenido una opinión unánime, es por ello que las arrendadoras financieras han optado por pactar en el contrato respectivo que el monto de las cuotas que se dan por vencidas a consecuencia de la resolución, constituyen una penalidad a cargo del arrendatario.

1.9 Tratamiento del arrendamiento financiero en el Perú: sus dos etapas

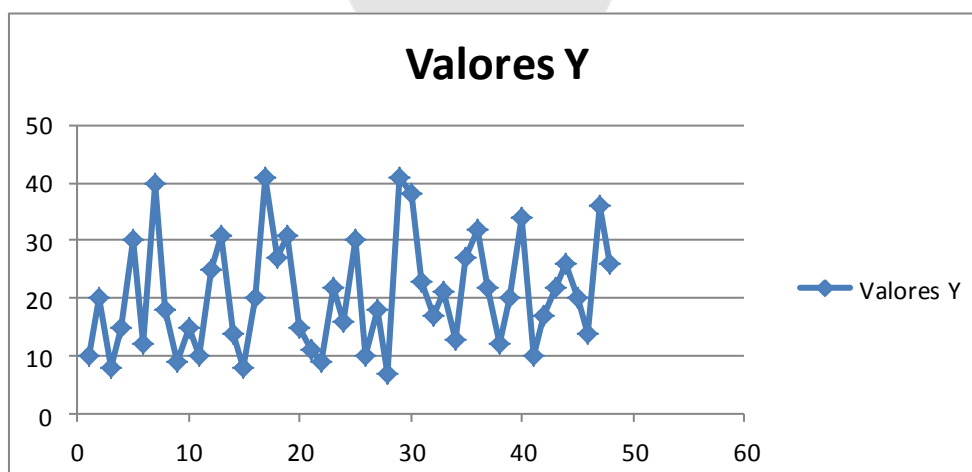
Desde la promulgación del Decreto Legislativo N° 299 (1984) hasta antes de la entrada en vigencia la Ley N° 27394, el tratamiento tributario del arrendamiento financiero era el siguiente:

- El íntegro de las cuotas periódicas de arrendamiento financiero eran considerados como gasto deducible del Impuesto a la Renta. Para tales efectos se consideraba el monto de la cuota, sin importar si ésta era constante en su valor.

Gráficamente se podría presentar de la siguiente forma:

Figura 3.

Impacto de la cuota como gasto al 100%



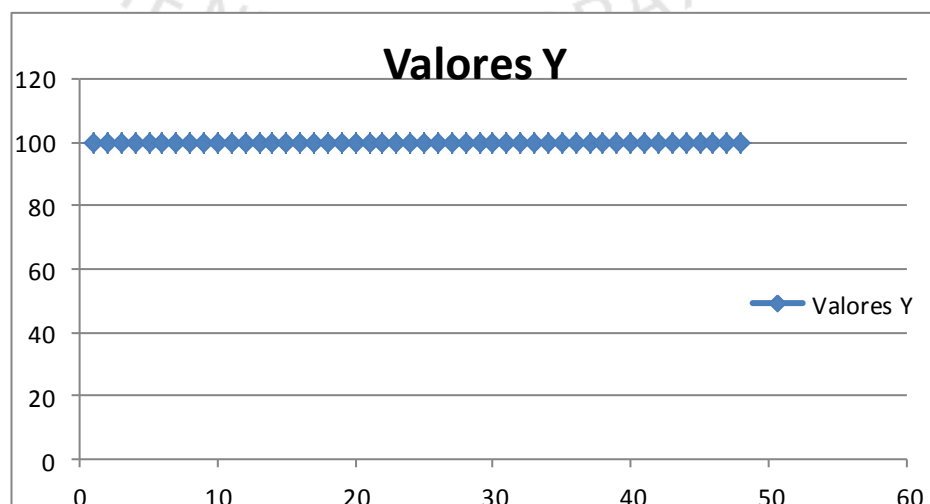
- Con la promulgación de la Ley N° 27394 (2,000) se modificó el tratamiento tributario de los contratos de arrendamiento financiero, de acuerdo a lo siguiente:

- La norma establece que, los bienes objeto de arrendamiento financiero se consideran activos fijos del arrendatario y se registran contablemente de acuerdo a las Normas Internacionales de Contabilidad, la depreciación es realizada de acuerdo a los parámetros y plazos establecidos por la Ley del Impuesto a la Renta, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el Decreto Supremo N° 179-2004-EF (2004).
- Por excepción se podrá aplicar como tasa de depreciación máxima anual aquella que se determine de manera lineal en función a la cantidad de años que comprende el contrato, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:
 - Los bienes materia del contrato de arrendamiento financiero deben ser considerados costo o gasto para efectos del Impuesto a la renta, es decir que sirvan como fuente generadora de renta.
 - El arrendatario financiero debe utilizar los bienes arrendados exclusivamente en del desarrollo de su actividad empresarial.
 - El plazo mínimo de los contratos que versen sobre bienes muebles será de dos años y en caso se trate de bienes inmuebles serán de cinco años.
 - La opción de compra sólo podrá ser ejercitada al término del contrato.

Gráficamente se podría presentar de la siguiente forma:

Figura 4.*

Depreciación lineal del activo como gasto

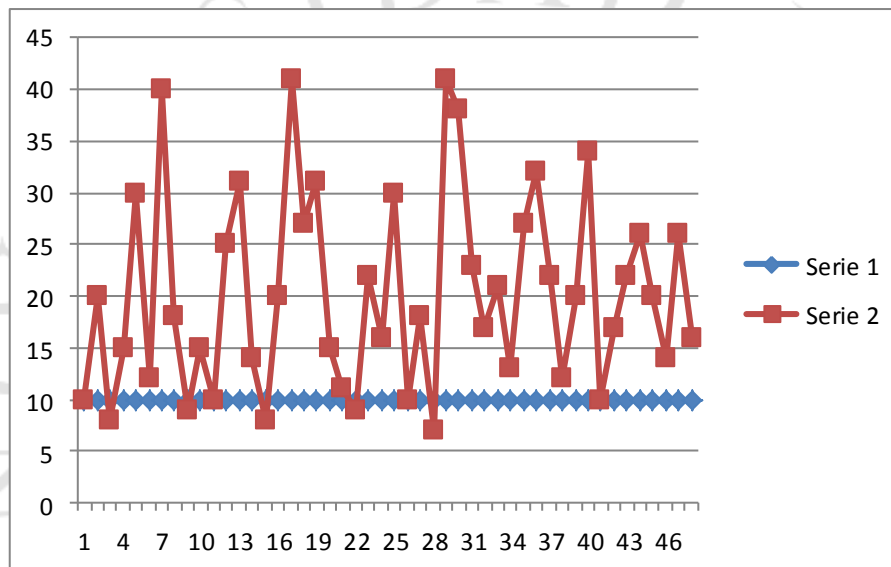


En este caso, el monto de las cuotas puede ser distintas periódicamente, pero el arrendatario financiero, sólo podrá depreciar en forma lineal, es decir el mismo monto todos los meses hasta la conclusión del contrato.

Si comparamos gráficamente los dos sistemas, podríamos apreciarlo de la siguiente forma:

Figura 5.

Comparación de la cuota como gasto vs depreciación lineal del activo.



CAPÍTULO II: ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA CESION DE POSICION CONTRACTUAL

2.1 Definición de la cesión de posición contractual

La cesión de posición contractual recién es recogida legislativamente en nuestro ordenamiento legal en el Código Civil de 1984 (Decreto Legislativo N° 295, (1984)); sin embargo fue el Código Civil Italiano de 1942 el que lo introdujo de manera innovadora.

Nuestro Código Civil trata la cesión de posición contractual en el Libro VII – Fuentes de las Obligaciones, Sección Primera: Contratos en General, en los artículos 1435 al 1439.

Respecto de la denominación que debe recibir esta figura jurídica, De la Puente (1983), señala:

Conviene, pues, denominar propiamente el contrato, ya que no se trata de la cesión de un contrato, que al crear la relación jurídica a que estaba destinado, cesó de existir como contrato, sino que la posición de la parte en la relación jurídica creada por el contrato, por lo cual más propiamente debe ser denominado cesión de posición contractual. (p. 57)

Debemos tener presente que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, por lo tanto, el contrato como acuerdo de voluntades posibilita el nacimiento de una relación jurídica patrimonial, por lo que el contrato se “agota” en ese mismo instante, lo que permanece es esa relación jurídica, las posiciones que tienen las partes en esa relación jurídica y las prestaciones a que se han obligado cumplir las mismas. Bajo esta perspectiva, la cesión de posición contractual en sí misma es un contrato, pues crea una relación jurídica patrimonial a través de la cual una parte denominada “cedente” accede a salir de la relación jurídica patrimonial originaria o también denominada básica, , en tanto que la otra parte, denominado

“cesionario”, accede a entrar en esa relación de la que no participaba originalmente y la tercera parte, denominado como “cedido” manifiesta su asentimiento para que pueda variarse una de las partes de la relación jurídica en la que está involucrada.

2.2 Naturaleza jurídica de la cesión de posición contractual

Una vez que hemos convenido en que la cesión de posición contractual es per se, un contrato consensual, cabe resaltar el mayor análisis que realiza Torres Vásquez (2012) sobre el tema:

En cuanto a la naturaleza jurídica se discute si la cesión de la posición contractual es un contrato típico (nominado) o un efecto contractual. Algunos autores no le dan mucha importancia al tema y liquidan rápidamente el problema considerándolo como un contrato típico y trilateral. Otros ven en la cesión de la posición contractual una venta del contrato, llegando a reconocer que la causa de la institución es el cambio entre el precio de la cesión y la sustitución en la calidad de parte. Otros sostienen que no es un contrato típico, ni un modo de formación del contrato, sino un acto por el cual se transfiere todas las posiciones activas y pasivas, principales y accesorias, que se derivan para el cedente como efectos de un contrato diverso (venta, permita, arrendamiento, etc.). (p. 632)

Ahora bien, cabe indicar que inclusive entre aquellos que aceptan que la cesión de posición contractual es en sí misma un contrato, se cuestionan si éste es de naturaleza bilateral o trilateral, ya que si bien sostienen que es bilateral, en la estructura del contrato participan tres voluntades distintas, las mismas que son indispensables para que exista el consenso necesario para la cesión; por tanto no es factible prescindir de la voluntad del cedido, cuya participación, es indispensable para que la cesión de posición contractual surta sus efectos. En realidad, consideramos que se trata de un contrato trilateral, pues no sólo basta la voluntad del cedente y cesionario sino que éste contrato no “nace” sin la voluntad manifiesta y expresa del cedido, por lo que nada obsta para que éste, pueda por ejemplo establecer alguna condición suspensiva o un plazo para que la cesión de posición produzca todos sus efectos, pudiendo también pactarse que el cedente o el cesionario deban asumir algún pago ante el cedido por aceptar la cesión de posición contractual.

De la Puente (1993), citando a Diez-Picazo, indica:

Por ello, como bien dice Diez Picazo, es más exacto afirmar que lo que se cede no es el contrato considerado como una cosa o como un bien, sino la calidad de contratante y la posición o situación jurídica derivada de la relación existente. Si fuera necesario precisar esta afirmación yo diría que la cualidad de contratante terminó con la celebración del contrato, por lo cual lo que subsiste y es objeto del contrato de cesión es propiamente la posición derivada de la relación obligacional” (p. 34 – 35)

Efectivamente no se trata de la cesión del contrato básico, sino de la posición que mantiene una parte en la relación jurídica obligacional que fue creada con el nacimiento del contrato como acuerdo de voluntades.

Con relación a la afirmación efectuada de que se trata de un contrato consensual, en el que se requiere de la voluntad tanto del cedente, del cesionario como del cedido, cabe indicar que nuestra legislación en el artículo 1435 el Código Civil de 1984 (Decreto Legislativo N° 295, 1984), requiere que la conformidad sea manifestada, antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión, precisando que si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario. En el supuesto que la manifestación de voluntad se haya producido antes que ésta produzca sus efectos, será necesario comunicar a través de documento de fecha cierta que la cesión se produjo. Sin embargo, cabe hacer mención que en determinadas circunstancias puede también operar una cesión de posición contractual por imperio de la ley; tal es el caso del contrato de arrendamiento de inmueble que una de las partes inscribió en la partida registral del inmueble, si el arrendador transfiere el inmueble a un tercero, éste asumirá la posición de arrendador, tal como lo prescribe el artículo 1708 del Código Civil de 1984 (Decreto Legislativo N° 295, 1984) al regular la enajenación del bien arrendado , en su inciso 1.

Otro aspecto a considerar es que la cesión de posición contractual puede ser pactada de forma onerosa o de forma gratuita, nuestro ordenamiento civil no establece una obligatoriedad sobre el particular. Cabe indicar que las prestaciones que pueden asumirse en la cesión de posición contractual no vinculan únicamente al cedente y cesionario, pues también pueden vincular, aunque no es usual, también al cedido.

2.3 Elementos básicos de la cesión de posición contractual

Al haber aceptado que la cesión de posición contractual per se es un contrato, el primer elemento básico del mismo es, necesariamente, la manifestación de voluntad, la cual ha de posibilitar el consenso de las partes. Por ello es indispensable que todos los partícipes de la cesión de posición contractual manifiesten su voluntad y para ello, nuestro código no establece alguna formalidad en especial para lograr el acuerdo de voluntades, sin embargo; en aplicación del artículo 1436 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295, 1984), la forma de la transmisión, la capacidad de las partes intervinientes, los vicios del consentimiento y las relaciones entre los contratantes se definen en función del acto que sirve de base a la cesión, en ese sentido deberá seguirse la misma formalidad del contrato base u original, ello en concordancia con el artículo 1413 del indicado cuerpo normativo que establece que las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.

Con relación a la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, no es necesario que la voluntad sea manifestada en un solo acto; en el caso del cedido, éste puede expresar su voluntad de forma previa, simultánea o después del acuerdo de cesión, en el supuesto que hubiere manifestado su voluntad previamente al contrato de cesión, será necesario que se le comunique la cesión de posición contractual a través de un documento de fecha cierta.

De acuerdo con lo manifestado por de la Puente y Lavalle (1978), con relación a la manifestación de voluntad previa del cedido, se tiene:

Se trata, pues, de un acuerdo de voluntades entre el cedente y el cedido, pero sólo respecto de la cesión de contrato, esto es de que puede operarse un cambio en la personal del cocontratante, pero no respecto de la persona del cesionario ni las condiciones que el cedente puede convenir con el cesionario para la cesión de contrato, puntos respecto a los cuales el cedido deja en libertad al cedente y que sólo conocerá cuando se le notifique haberse realizado la cesión. (p. 56)

En realidad, en la práctica, cuando le es comunicada la cesión al cedido, usualmente no se detallan las prestaciones que el cedente y el cesionario han asumido en mérito de la cesión de posición contractual, salvo, obviamente el cambio que se operará en el contrato base o básico en el que el cedido en adelante tendrá como contraparte al cesionario y ya no al cedente; por ejemplo en las ventas de carteras que realizan las instituciones financieras en nuestro país, no se especifica la contraprestación que haya

pagado el cedente al cesionario; también ocurre lo mismo en las cesiones de posiciones contractuales en los contratos de arrendamiento financiero.

De acuerdo a nuestra legislación, artículo 1435 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295, 1984), la cesión de posición contractual opera respecto de contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, derivadas de contratos bilaterales o multilaterales, siendo indispensable que todos los partícipes manifiesten su voluntad de manera expresa.

Es usual que en los contratos que impliquen un financiamiento por parte de instituciones del sistema financiero, se pacte que la institución financiera pueda ceder su posición contractual a un tercero, prestando el cliente (cedido) de forma previa su consentimiento para tales efectos, sobre todo en aquellos financiamientos que son a mediano o largo plazo, posibilitando a la entidad financiera a realizar una “venta de cartera” (transferencia de créditos directos o arrendamientos financieros a terceros) con mayor libertad.

2.4 Participantes en la cesión de posición contractual

De acuerdo a la naturaleza y características de ese contrato son tres: el cedido, el cedente y el cesionario.

Tanto el cedido como el cedente son las partes que celebraron o celebran el contrato base respecto del cual se celebrará una cesión de posición contractual.

El cedido es aquel que permanece en la relación primigenia, es a quien puede considerársele que asume una posición más pasiva en la cesión de posición contractual.

El cesionario es aquel que en mérito de la cesión de posición contractual, “ingresa” a una relación obligacional de la que originalmente no era parte, es quien tiene una posición más activa en la cesión de posición contractual, pues es él quien debe concertar, principalmente con el cedente, a efectos de llegar a un acuerdo para asumir una posición en la relación jurídica ya existente. El cesionario, como efecto de la cesión de posición contractual, será la contraparte del cedido en el contrato base, asumiendo todos los derechos y obligaciones que originalmente le correspondían al cedente.

Es el cedente, quien tiene una posición más activa en la cesión de posición contractual, su objetivo es “salir” de la relación jurídica base, en la que era una de las

partes; el “salir” de la relación jurídica original implicaría que el cesionario “ingrese” ocupando su posición en la relación jurídica obligacional. El cedente se desliga de todos los derechos y obligaciones de las que gozaba, las mismas que son asumidas por el cesionario.

De conformidad con el primer párrafo del artículo 1438 Código Civil (Decreto Legislativo N° 295, 1984) el cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato base, salvo pacto en contrario. Ello implicaría que pueda pactarse que el cesionario asume el riesgo tanto de la existencia válida del contrato base como de la legitimidad de su posición en la relación jurídica que es transferida al cesionario. En el supuesto que la cesión de posición contractual sea onerosa, esta asunción de mayor riesgo del cesionario podría reflejarse en el monto de la contraprestación que pudieran pactar entre cedente y cesionario.

La segunda parte del artículo 1437 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295, (1984)), contempla la posibilidad que el cedente quede vinculado a la relación primigenia o base después que haya surtido efectos la cesión de posición contractual, pues permite que se pacte que el cedente garantice el cumplimiento de la obligación del deudor, en esa situación responde como fiador, por ello es correcto establecer que no siempre el cedente queda liberado con la cesión de posición contractual; queda liberado de las obligaciones originales, pero debemos tener presente que la fianza es accesoria al contrato principal que garantiza.

2.5 La cesión de posición contractual y su diferencia con otros esquemas jurídicos

Es conveniente establecer las diferencias conceptuales y de índole práctico que existente entre la cesión de posición contractual y otros contratos que mayoritariamente recogen los ordenamientos jurídicos.

La novación subjetiva activa por cambio de acreedor, es tratada en el artículo 1280 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295, 1984), estableciéndose que se requiere, además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor y el sustituido, regla similar rige para la novación subjetiva por cambio de deudor artículo 1281 del mismo código. La diferencia más relevante con la cesión de posición contractual esencialmente radica en dos aspectos; el primero de

ellos, que la novación implica un forma de extinguir obligaciones, en cambio la cesión de posición contractual, no extingue la relación obligacional base, sino que en ella misma se produce un cambio, pero las prestaciones asumidas por las partes permanecen vigentes e inalterables; el segundo de ellos, es que en la novación, debe existir es el denominado *animus novandi*, que debe constar de manera indubitable, no debe quedar duda que las partes desean extinguir la obligación primigenia para crear una nueva relación.

También podemos resaltar diferencias con el sub contrato; si bien a través de ambas estructuras legales hay un variación de los derechos y obligaciones, ambas relaciones obligaciones coexisten en el tiempo, tanto el contrato base como el sub contrato, en cambio en la cesión de posición contractual el efecto es un cambio de la posición de una de las partes en el contrato base, en el sub contrato, el contrato base se mantiene inalterable. El sub contrato es una relación “paralela” al contrato base, en que los derechos y obligaciones de son distintas; los partícipes del contrato base se mantienen como originalmente había contratado, más bien una de las partes participa tanto del contrato base como del subcontrato pero con posiciones distintas. En la cesión de posición contractual, como hemos manifestado, si se produce una variación en el contrato base.

De la Puente y Lavalle (1983) hace una clara distinción entre la cesión de posición contractual y la cesión de créditos, estableciendo lo siguiente:

Mediante la cesión de créditos se busca la transmisión del lado activo de la relación obligacional, mientras que la cesión de posición contractual está orientada a la de toda la relación obligacional, esto es tanto del lado activo como del lado pasivo. Tal como dice MESSINEO (38), la cesión de crédito es respecto a la cesión de contrato un instrumento práctico notablemente más atrasado desde el punto de vista de la técnica jurídica, y más pobre de efectos desde el punto de vista del contenido, porque hace circular el crédito pero no el contrato íntegro, ni la relación contractual consiguiente.
(p. 75)

La diferencia más resaltante está vinculada esencialmente a que en la cesión de créditos ésta sólo implica una parte de la relación obligacional, en cambio, en la cesión de posición contractual existe una traslación de la posición íntegra, es decir tanto derechos como obligaciones.

El artículo 1457 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295, 1984), establece que por el contrato en favor de terceros, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona; en la cesión de posición contractual tenemos a tres partes que intervienen y que prestan sus consentimiento, el cedente, el cesionario y el cedido, en cambio el contrato en favor de terceros es un contrato bilateral, en la que el tercero no participa ni manifiesta su voluntad, tampoco tiene ninguna relación con aquel que asume la obligación de cumplir con la prestación.



CAPÍTULO III: LA CESION DE POSICION CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

3.1. Procedencia de la cesión de posición contractual en el contrato de arrendamiento financiero

Como hemos señalado, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 299 (1984) establece que debe considerarse al arrendamiento financiero como un contrato mercantil, que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción de comprar los bienes a un valor pactado, por lo tanto es factible afirmar que se trata de una relación obligacional con prestaciones recíprocas entre las partes y, de tracto sucesivo; a su vez el artículo 1435 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295, 1984) establece que en los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Nos vamos a referir particularmente a la cesión de posición contractual del arrendatario financiero en el contrato de arrendamiento financiero, claro está en la medida que no se hayan ejecutado todas las prestaciones

Consideramos que no existe ningún inconveniente para se pacte la cesión de posición respecto de un contrato de arrendamiento financiero, ya sea tanto respecto a la posición de arrendatario financiero como de arrendador financiero; en éste último caso, deberá tenerse presente, que de acuerdo a la normatividad legal vigente (artículo 2 del Decreto Legislativo N° 299 (1984)), en caso la locadora esté domiciliada en el país deberá ser necesariamente una empresa bancaria, financiera o cualquier otra autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs, por lo tanto la posición de arrendadora financiera en el contrato de arrendamiento financiero en el Perú, sólo podrá ser cedida a otra entidad que cuente con la debida autorización emitida por el ente regulador. En cambio, la posición de arrendatario financiero puede ser cedida a cualquier persona natural o jurídica que goce de capacidad para contratar. Cabe indicar,

en esta situación, que la arrendadora financiera que forma parte del sistema financiero nacional, realizará una evaluación crediticia o de riesgos de aquel que desee asumir la posición contractual que goza la arrendataria financiera en el contrato suscrito, pues ésta a su vez, para la celebración del contrato original, también fue evaluada crediticiamente a efectos de determinar si su situación financiera ameritaba que se le conceda esta facilidad, por ejemplo la entidad financiera podría considerar conveniente que el nuevo sujeto de crédito requerirá constituir algún tipo de garantía antes de proceder con la cesión de posición contractual, pues ello implicaría que éste nuevo arrendatario financiero sea su nuevo sujeto de crédito, es más así lo reportará ante el ente regulador.

3.2. Análisis de alguna casuística relativa a la cesión de posición contractual en los contratos de arrendamiento financiero y sus consecuencias.

En el mercado peruano es poco usual la cesión de posición contractual del arrendador financiero en los contratos de arrendamiento financiero, salvo que se trate de una venta de cartera. Sin embargo, no es extraña la cesión de posición contractual de los arrendatarios financieros en los contratos de arrendamiento financiero, ya sea que el cliente mismo lo solicite a la institución del sistema financiero o ésta se produzca porque inicialmente de forma conjunta con el contrato de arrendamiento financiero, se pactó una cesión de posición contractual sujeta a condición suspensiva, siendo la condición en la mayoría de los casos que el arrendatario financiero haya incurrido en alguna causal de resolución de posición contractual.

Vamos a tratar diversa casuística que se presenta en el mercado con cierta regularidad, siempre considerando la cesión de posición contractual del arrendatario financiero en el contrato de arrendamiento financiero.

3.2.1 Cesión de opción de compra

Nos referimos a aquellos contratos de arrendamiento financiero en que el arrendatario financiero suscribe con una entidad del sistema financiero el contrato de arrendamiento financiero por ejemplo de tres vehículos, al plazo mínimo de 36 meses y 36 cuotas

mensuales. Considerando, por ejemplo, la política de retención al mejor talento dentro de la organización del arrendatario financiero, éste entrega en uso estos vehículos a tres de sus principales ejecutivos. Durante el plazo del contrato los bienes han sido utilizados por éstos en actividades propias de la empresa, de forma tal que pueden ser considerados como costo o gasto para efectos del impuesto a la renta, es decir que el uso de estos bienes ha contribuido a la generación de la renta de la empresa.

Durante el plazo de vigencia del contrato, el arrendatario financiero se acogió al régimen de excepción previsto en el segundo párrafo del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 299 (1984), lo que le permitió depreciar aceleradamente los vehículos materia del contrato de arrendamiento financiero, en el plazo del contrato, es decir 36 meses.

En éste supuesto pueden presentarse dos situaciones.

La primera de ellas es que al término del pago de la cuota 36, el arrendatario financiero solicita a la institución del sistema financiero que le autorice a ceder la opción de compra a favor de sus tres principales ejecutivos que han estado en posición de los vehículos, de forma tal que éstos puedan ejercer la opción de compra a su favor, posibilitándoseles ser propietarios de los vehículos. No debemos dejar de tener presente que la opción de compra a favor del arrendatario financiero también es a su vez, un derecho del arrendatario y una obligación del arrendador.

El mercado peruano actual es unánime en no aceptar en su calidad de arrendadores financieros estas solicitudes de cesión de posición contractual, a pesar que desde la perspectiva civil no hay inconveniente alguno en poder pactar la cesión. Esta posición de los arrendadores financieros es producto de una maduración del contrato de arrendamiento financiero en nuestro medio, pues hace más de una década aproximadamente sí se aceptaba este tipo de cesiones. El mercado ha ido madurando y autorregulándose, de forma tal que ya ninguna institución del sistema financiero acepta estas solicitudes de cesión.

La norma que regula el arrendamiento financiero en nuestro país data de hace casi 33 años, la cual ha sido modificada particularmente en aspectos de índole tributario pero no en la esencia de su naturaleza jurídica, pues sus normas han permitido que se vaya adaptando a las nuevas necesidades que el mercado le ha exigido durante estos 33 años, siendo en la actualidad un producto financiero relevante. Esta posibilidad de ir

adecuándose también ha permitido que el mercado no acepte éste tipo de casuística. No tenemos duda que el tratamiento tributario de esta cesión, genera un componente económico que debe ser reconocido por el cesionario al cedente y éste reconocimiento económico estará afecto a impuestos; en cambio desde la perspectiva civil la cesión de posición contractual hasta podría ser gratuita.

Al indicar que el mercado se ha autorregulado con relación a la posibilidad de ceder sólo la opción de compra o la última cuota más la opción de compra, nos referimos a que el mercado no ha necesitado la existencia de una norma que establezca cuál debe ser el procedimiento a seguir, sino que ha sido el propio mercado el que ante determinada situación ha desarrollado una posición, que considera que es la correcta, tomando en cuenta la naturaleza de la institución.

Debemos de reconocer que en este proceso de “autorregulación”, las consecuencias tributarias de ceder la opción de compra a favor de un tercero distinto el arrendatario financiero han influenciado; lo correcto es que el arrendatario original ejerza la opción de compra a un valor mínimo, usualmente US\$1,00 o un porcentaje del monto financiado (1%), y luego que es propietario, transferiría los bienes a los terceros, pero esta vez deberá realizarlo a valor de mercado, debiendo pagar por el ingreso extraordinario el impuesto a la renta con la tasa del 28% .

Como ya se ha establecido en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 299 (1984) al considerar al arrendamiento financiero aquel contrato que tiene por objeto la locación de bienes por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante el pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar los bienes a un valor pactado, la vocación es que la arrendataria financiera original sea quien tenga el derecho a ejercer la opción de compra y ser propietaria del bien a un valor simbólico, sin embargo ello no implica que en determinadas situaciones la cesión de posición contractual sea factible por ejemplo en el caso que ésta se haya pactado desde un inicio, encontrándose sujeta a una condición suspensiva o, en el supuesto que, el arrendatario financiero haya incurrido en causal de resolución contractual o no tenga los medios económicos necesarios para continuar pagando las cuotas periódicas.

En realidad la procedencia o no de la cesión de posición contractual al momento de la ejecución de la opción de compra en un contrato de arrendamiento financiero no está en función de lo que las normas establecen, pues legalmente sí es factible, sino que

al parecer ha habido un análisis de lo que en realidad corresponde, de cuál es la conducta debida ante determinadas circunstancias. Por ejemplo, en el caso de contratos de arrendamiento financiero de vehículos, al comprar el vehículo la institución financiera del proveedor determinado por su cliente, en ocasiones los proveedores realizan promociones de regalo por la compra de los vehículos, como equipos completos de campamento, o bonos de consumo de combustibles, éstos en rigor corresponden a la institución financiera quien ha adquirido los vehículos, sin embargo ésta autoriza que los beneficios sean trasladados a los clientes, pues es lo correcto, es lo que corresponde pues la institución ha adquirido los vehículos no para su uso sino para el uso del cliente, con vocación que éste sea finalmente el propietario en caso ejerza la opción de compra.

La decisión adoptada por las instituciones del sistema financiero con relación a la cesión de posición contractual en el contrato de arrendamiento financiero para que un tercero ejerza la opción de compra, es trasladada al manual de la operación financiera de arrendamiento financiero o leasing.

Claro está que la autorregulación, como respuesta del mercado, tiene límites pues ésta no podría ir en contra de lo dispuesto por norma de carácter imperativo.

En el supuesto que el ente regulador de la institución financiera, no estuviere de acuerdo con la decisión adoptada por el mercado para determinadas circunstancias, sea la cesión de posición contractual u otro aspecto, siempre tendrá la potestad de regularlos y normarlo directamente, siendo ésta una norma que no podrá ser vulnerada por la autorregulación del mercado.

3.2.2 Cesión de la posición contractual del arrendatario en el contrato de arrendamiento financiero, a solicitud de éste.

La cesión de posición contractual del arrendatario financiero en el contrato de arrendamiento financiero a solicitud de éste puede obedecer a distintas circunstancias. No es poco usual en el mercado que el arrendatario financiero solicite a las instituciones financieras la cesión de su posición contractual a favor de un tercero, previamente determinado por éste, siendo la razón primordial que el activo materia del contrato de arrendamiento financiero se ha revalorizado notablemente en el mercado, por lo que considerando el saldo de capital pendiente de pago, es probable que financieramente le

convenga “recuperar” el activo para poder transferirlo y obtener una plusvalía. Estas situaciones se han presentado particularmente con inmuebles y embarcaciones pesqueras, en los que hace algunos años experimentaron una revaluación importante.

En estas situaciones, las instituciones financieras han optado por diversas alternativas a través de los años; inicialmente aceptaban la solicitud de su cliente, previa evaluación del nuevo sujeto de crédito, procedían a la cesión de posición contractual, sin considerar elementos adicionales. Actualmente las alternativas y perspectivas de las instituciones financieras han variado, pues si para concluir el contrato resta menos de un año, usualmente no se acepta la cesión de posición contractual, otorgándole al cliente la posibilidad de pre pagar el financiamiento (pago de las cuotas vencidas y por vencer adicionándole el monto de la opción de compra), con ello el cliente detenta la calidad de propietario, pudiendo a su vez ser proveedor de un próximo contrato de arrendamiento financiero que pueda brindarle a la persona que está interesada en adquirir el bien. Esta política adoptada por las instituciones financieras también ha sido producto de una autorregulación, lo interesante es que las instituciones no se niegan a que el arrendatario financiero original ejerza la opción de compra, es más le brindan las facilidades para que este pueda detentar el título de propietario que le permita transferir el activo a un tercero o, adoptar la condición de proveedor en un nuevo contrato de arrendamiento financiero.

El trasfondo en este tema, al parecer puede ser de índole tributario, pues al ceder la posición de arrendatario financiero ello conlleva también el derecho expectatio del nuevo arrendatario financiero de ejercer la opción de compra y detentar la propiedad del bien, no existiendo un contrato de compraventa que podría generar al cedente una plusvalía afecta a impuestos. Desde esa perspectiva podría interpretarse que el objetivo primordial es hacerse de la propiedad del bien y no celebrar en realidad un contrato de financiamiento bajo la modalidad de arrendamiento financiero, es por ello que las instituciones financieras al establecer que la cesión sólo puede producirse antes de por lo menos el pago de un año de cuotas, puede ser éste un desaliento para quienes buscan sólo la propiedad y no el financiamiento; ello no es definitivo, ni los plazos son unánimes en el sistema pero sí ha habido una autorregulación en el mercado que aún se está consolidando.

Si bien es cierto que pueden ser diversas las motivaciones por las cuales el cedente pueda estar interesado en alejarse de la relación jurídica de financiamiento

establecida con la institución financiera, lo más usual es que tenga una motivación económica, a veces acompañada de una motivación tributaria. En muchas situaciones el arrendatario financiero al considerar el valor del activo materia del contrato, después de haber transcurrido dos o tres años, pretenda obtener mayores recursos por el activo, ante ello el mismo mercado ha establecido, por medio de la autorregulación, dos alternativas distintas.

La primera de ellas, ya comentada en párrafos anteriores, es que el arrendatario financiero original cede su posición contractual a un segundo arrendatario financiero, previa evaluación crediticia del banco, ello conlleva a:

- La institución financiera continúa con la colación crediticia.
- El arrendatario financiero original al salir de la relación jurídica con el banco, termina en buenos términos pues no ha incumplido con sus obligaciones; además al cederle su posición contractual a un nuevo arrendatario financiero lo que va a obtener probablemente es un beneficio económico/financiero pues la “posición” que deja en la relación jurídica con el banco tiene un contenido patrimonial que debe ser pagado por el nuevo arrendatario.
- El nuevo arrendatario financiero, “paga” parte del valor del inmueble al cedente y el saldo será amortizado periódicamente en el plazo del contrato, lo que puede convenirle financieramente.

Una segunda alternativa, puede obedecer a que el segundo arrendatario financiero, es decir el cesionario, desee que el monto total que va a desembolsar (sumándose el monto que le abona al cedente y la integridad de todas las cuotas de arrendamiento financiero que estaría asumiendo) deba ser materia de financiamiento, ante ello la alternativa de la cesión de posición contractual no satisface todas las necesidades del cesionario, pues en la cesión no es factible incrementar el saldo de capital pendiente de pago. Ante ello, las instituciones financieras aceptan que el arrendatario financiero original ejerza una opción de compra anticipada (es decir pague el monto del saldo de capital pendiente de pago, más el monto de la opción de compra y probablemente una penalidad establecida en los tarifarios de las instituciones financieras), con el único propósito de participar en calidad de proveedor en un nuevo contrato de arrendamiento financiero que celebraría el que originalmente iba a ser el cesionario con la institución financiera; esta alternativa tiene, en caso se trate de inmuebles, un costo tributario, pues

al ejercer la opción de compra el arrendatario financiero original, va a tener que pagar alcabala por la transferencia, también deberá pagarse por segunda vez el alcabala al fungir de proveedor y transferir el inmueble a la institución financiera para que ésta entregue el inmueble en arrendamiento financiero a su nuevo cliente y, una tercera alcabala se pagaría al momento en que éste último ejerza la opción de compra. Ante esta situación deberá realizarse un análisis de costo beneficio de las dos alternativas a efectos de determinar cuál de ellas es la más conveniente para sus intereses.

En ocasiones, al producirse una cesión de posición contractual el plazo restante del contrato de arrendamiento financiero, plazo en el cual el cesionario pagará las cuotas de arrendamiento financiero, puede ser menor de 2 años, en caso de bienes muebles, o de 5 años, para bienes inmuebles. Ante ello usualmente el cesionario y la institución financiera amplían el plazo del contrato a efectos que no pueda ser cuestionada la depreciación acelerada del activo. Claro está que, previamente debe evaluarse la capacidad crediticia del cesionario no sólo por el monto del financiamiento sino también por el nuevo plazo que se está asumiendo. Pero también debe hacerse una evaluación del activo, de forma tal que la vida útil de éste sea mayor al nuevo plazo contractual, pues ante una eventualidad de resolución de contrato por falta de pago, el activo funge de “garantía” a efectos que la institución financiera pueda vender el activo para cancelar la colocación pendiente de pago, en caso, la vida útil del activo sea menor que el nuevo plazo contractual, la institución financiera estaría asumiendo un riesgo adicional, pues difícilmente colocaría en el mercado el activo subyacente al arrendamiento financiero por un valor que le permita cancelar el monto de la colocación pendiente.

Puede notarse que todas estas alternativas que surgen en relación a la cesión de posición contractual, no se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo N° 299 (1984) y como ya lo hemos mencionado ha sido el propio mercado de arrendamiento financiero el que ha sido capaz de crear alternativas de distinta índole que satisfagan las necesidades del cliente.

Figura 6

Cesión de posición contractual a solicitud del cliente, ampliándose el plazo

En la siguiente página nos permitimos presentar cifras obtenidas de la web del ente regulador de las instituciones financieras peruano, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (<http://www.sbs.gob.pe/principal/categoria/ano-2010/1024/c-1024>) con relación a la morosidad según el tipo y modalidad de crédito por empresa bancaria, al 31 de marzo del 2017.

Previamente tengamos presente las cifras presentadas en la Tabla 1 del Capítulo I, también cifras del ente regulador en que se muestra que entre el Banco de Crédito del Perú (37.85%), Banco Continental BBVA (24.26%), Scotiabank (15.53%) e Interbank (7.97%), concentran el 85.61% de la participación de mercado de leasing peruano.

De acuerdo a la información brindada por el ente regulador al 31 de marzo de 2017 / Morosidad por Banco, tenemos:

Tabla 2

Morosidad por Banco en arrendamiento financiero (incluyendo el lease-back)

	BBVA	Comercio	BCP	Banco Financiero	BIF	Scotia-bank	IBK
Banca Corporativa	0	-	0.02	0	0	0.01	0.12
Grandes empresas	0.63	0	0.24	0.92	1.74	0.38	0.42
Medianas Empresas	5.04	91.36	2.26	8.32	3.50	5.75	3.63
Pequeñas Empresas	9.81	7.76	48.16	4.9	20.47	16.75	13.45
Mirco-empresas	0.59	100	10.73	2.52	16.13	5.75	13.80

Ciertamente en el segmento de banca corporativa es aquel que menor morosidad presenta, siendo seguido por el de grandes empresas, en la que morosidad sigue siendo baja. Las obras de infraestructura como turbinas eléctricas, centros comerciales o edificios de oficinas son financiados a través de leasing y corresponden al segmento de banca corporativa o grandes empresas. Los montos de los contratos de arrendamiento financiero son significativos pero las tasas son reducidas, pues se consideran que son clientes con bajo riesgo crediticio.

En los segmentos de medianas y pequeñas empresas ciertamente son los segmentos en los clientes pueden tener buen riesgo creditico, las tasas no son tan bajas como en los segmentos anteriores, pero el monto delas operaciones son sustantivamente menores. Llama la atención que en el segmento de pequeñas empresas el Banco de Crédito (BCP) tenga 48.16 de morosidad, inclusive es más del doble de la que presenta Interbank en el mismo segmento.



Tabla 3

Morosidad según tipo y modalidad de crédito por Empresa Bancaria

Morosidad según tipo y modalidad de crédito por Empresa Bancaria
Al 31 de Marzo de 2017
 (En porcentaje)

Concepto	B. Continental	B. de Comercio	B. de Crédito del Perú (con sucursales en el exterior)	B. Financiero	B. Interamericano de Finanzas	Scotiabank Perú	Citibank	Interbank (con sucursales en el exterior)	Mibanco	B. GNB	B. Falabella Perú	B. Santander Perú	B. Ripley	B. Azteca Perú	B. Cencosud	B. ICBC	TOTAL BANCA MULTIPLE
Créditos corporativos	0.00	0.00	0.02	0.00	0.00	0.00	0.00	0.01	-	0.00	-	0.01	-	-	-	0.00	0.01
Tarjetas de crédito	0.00	-	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Descuentos	0.00	-	0.00	0.00	0.00	0.01	-	0.00	-	-	-	0.02	-	-	-	-	0.01
Préstamos	0.00	0.00	0.02	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	-	0.00	-	0.00	-	-	-	0.00	0.01
Factoring	0.00	-	0.00	0.00	0.06	0.00	0.00	0.00	-	-	-	-	-	-	-	-	0.00
Arrendamiento financiero y Lease-back	0.00	-	0.02	0.00	0.00	0.01	0.00	0.12	-	0.00	-	0.00	-	-	-	0.00	0.02
Comercio exterior	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	-	0.00	-	0.00	-	-	-	-	-
Créditos a grandes empresas	1.50	1.25	0.40	4.26	1.54	1.01	0.00	0.94	-	2.41	-	0.85	-	-	-	0.00	1.03
Tarjetas de crédito	0.52	0.00	-0.78	32.53	6.98	1.17	0.00	0.00	-	-	-	-	-	-	-	-	0.60
Descuentos	0.16	8.53	0.10	0.92	0.00	0.25	-	0.35	-	2.43	-	1.85	-	-	-	-	0.28
Préstamos	1.89	2.96	0.56	2.22	1.06	0.95	0.00	1.11	-	2.75	-	1.30	-	-	-	0.00	1.09
Factoring	0.28	-	0.00	-	0.00	0.00	0.00	0.00	-	-	-	-	-	-	-	-	0.06
Arrendamiento financiero y Lease-back	0.63	0.00	0.24	0.92	1.74	0.38	-	0.42	-	0.83	-	0.08	-	-	-	0.00	0.44
Comercio exterior	0.27	0.00	0.00	10.88	3.08	2.06	0.00	0.51	-	2.71	-	0.64	-	-	-	-	1.34
Créditos a medianas empresas	7.86	53.03	6.57	9.83	5.70	7.19	0.00	3.73	11.30	6.90	0.00	3.15	-	-	-	0.00	6.84
Tarjetas de crédito	6.38	28.28	14.26	20.04	12.33	9.87	0.00	11.61	-	-	0.00	-	-	-	-	-	12.43
Descuentos	3.55	51.40	2.37	4.44	2.14	6.60	-	2.14	-	6.87	-	2.87	-	-	-	-	3.30
Préstamos	8.85	49.21	7.04	10.30	7.63	7.41	0.00	4.74	11.30	9.09	-	2.38	-	-	-	0.00	7.59
Factoring	1.02	-	0.00	-	0.00	0.00	0.00	0.00	-	-	-	-	-	-	-	-	0.13
Arrendamiento financiero y Lease-back	5.04	91.36	2.26	8.32	3.50	5.75	-	3.63	-	2.46	-	0.30	-	-	-	0.00	4.15
Comercio exterior	0.42	44.50	2.17	11.71	4.44	8.46	0.00	1.88	-	10.92	-	12.66	-	-	-	-	3.54
Créditos pequeñas empresas	7.17	69.00	12.83	8.76	17.79	12.89	0.00	7.75	5.52	1.35	-	4.92	-	-	-	-	9.41
Tarjetas de crédito	3.38	0.00	11.17	5.32	12.61	11.46	0.00	1.42	-	-	-	-	-	-	-	-	10.18
Descuentos	2.46	0.00	1.90	0.00	0.00	6.70	-	2.75	-	0.00	-	79.03	-	-	-	-	3.11
Préstamos	9.09	78.34	12.86	8.86	18.96	12.20	-	7.34	5.52	1.52	-	0.00	-	-	-	-	8.58
Factoring	0.00	-	0.00	-	-	0.00	-	0.00	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Arrendamiento financiero y Lease-back	9.81	7.76	48.16	4.90	20.47	16.75	-	13.45	-	0.30	-	0.00	-	-	-	-	19.53
Comercio exterior	0.46	100.00	8.62	0.00	7.68	12.76	-	6.04	-	0.00	-	-	-	-	-	-	4.97
Créditos a microempresas	1.40	67.98	3.83	8.39	13.10	5.61	0.00	5.88	3.20	0.00	-	-	-	-	-	-	3.54
Tarjetas de crédito	2.20	25.09	2.71	2.71	3.99	4.99	0.00	3.77	-	-	-	-	-	-	-	-	2.70
Descuentos	0.00	-	3.20	0.00	0.00	2.64	-	0.00	-	-	-	-	-	-	-	-	1.39
Préstamos	1.61	88.24	0.89	8.45	3.55	5.13	-	5.44	3.20	0.00	-	-	-	-	-	-	3.40
Factoring	-	-	0.00	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Arrendamiento financiero y Lease-back	0.59	100.00	10.73	2.52	16.13	5.75	-	13.80	-	0.00	-	-	-	-	-	-	4.76
Comercio exterior	0.00	-	0.00	0.00	-	0.00	-	0.00	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Créditos de consumo	2.52	1.42	3.77	1.99	1.79	3.95	-	3.88	2.08	1.29	6.33	0.00	3.09	9.17	5.33	-	3.71
Tarjetas de crédito	2.85	6.97	4.95	5.15	3.52	5.16	-	5.53	-	5.63	6.27	-	3.86	8.65	5.33	-	5.14
Préstamos	2.30	1.40	2.93	1.16	1.23	3.28	-	2.44	2.08	0.95	7.58	-	2.44	9.30	-	-	2.61
Préstamos revolventes	-	-	-	-	0.00	1.48	-	19.23	-	-	-	-	-	-	-	-	17.90
Préstamos no revolventes	2.30	1.40	2.93	1.16	1.23	3.28	-	2.41	2.08	0.95	7.58	-	2.44	9.30	-	-	2.60
Préstamos autos	3.43	42.33	5.60	1.12	1.36	6.36	-	9.88	-	4.83	7.49	-	-	-	-	-	5.87
Arrendamiento financiero y Lease-back	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Créditos hipotecarios para vivienda	1.50	5.56	2.95	1.86	0.78	3.03	-	3.28	4.09	1.32	3.61	-	-	-	-	-	2.43
Préstamos	1.52	36.10	2.61	2.08	0.89	2.87	-	3.24	4.09	1.33	8.20	-	-	-	-	-	2.30
Préstamos Mivivienda	1.01	4.04	4.74	1.71	0.58	4.13	-	3.37	-	1.29	0.03	-	-	-	-	-	3.22
Total Créditos Directos	2.73	3.62	2.94	4.72	2.66	3.07	0.00	2.75	4.65	2.24	6.32	0.70	3.09	9.17	5.33	0.00	3.01

Nota: Información obtenida del Balance de Comprobación.

La información contenida en este cuadro se complementa con la estructura de los créditos según tipo y modalidad que se encuentra en el siguiente enlace:

<https://intranet1.sbs.gob.pe/estadistica/financiera/2015/Marzo/B-2389-ma2015.XLS>

En el segmento y en el producto. También cabe mencionar la morosidad del Banco de Comercio en el segmento de microempresas, es del 100%, en este caso podría tratarse de un error en la cifra, pues de ser cierta implica que todos los financiamientos concedidos a marzo del 2017 están en estado de morosos, podría tratarse de una sola operación que ha caído en morosidad.

Las cifras contenidas en la información de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP a marzo del 2017, con relación a la morosidad por institución bancaria si bien puede considerarse la morosidad similar en algunos productos, un aspecto a considerar es que en el financiamiento por leasing, por sí mismo conlleva una garantía consistente en el activo subyacente a la misma operación, por lo que, en principio, la recuperación podría ser más efectiva. Para la tarjeta de crédito empresarial o préstamos en general, puede o no haberse constituido garantías adicionales.

Claramente los mayores índices de morosidad que nos presenta la información del ente regulador están concentrados en las pequeñas y micro empresas, tanto por el Banco de Crédito del Perú (48.16%) como por el Banco de Comercio (100%), ello podría justificar que se busquen alternativas innovadoras que permitan a las instituciones financieras tratar la morosidad en determinados segmentos de forma tal, que debidamente acotados determinados riesgos, el tratamiento de esta cartera especial así como el tratamiento del régimen de provisiones sea distinto.

Desde hace algunos años el mercado de arrendamiento financiero ha previsto algunos esquemas vinculados a la cesión de posición contractual que posibilitarían que la relación jurídica permanezca vigente aun cuando el arrendatario financiero haya incurrido en causal de resolución.

En contratos de arrendamiento financieros que tienen por objeto adquirir vehículos ya sean en flota o en unidades importantes, los proveedores de los mismos, participan en el contrato, pactándose en éste una cesión de posición contractual sujeta a condición suspensiva que el arrendatario financiero incurra en una casual de resolución (usualmente la falta de pago de las cuotas periódicas), tal esquema posibilita a la entidad financiera a ceder la posición contractual de su cliente a favor del proveedor original. Bajo este esquema, se posibilitaría las siguientes situaciones:

- La entidad del sistema financiero no resolvería el contrato, por lo tanto, no se encontraría en la obligación de provisionar el monto impago.

- Con relación al proveedor (i) en el primer momento realizó una venta de una flota o un número importante de unidades (ii) al cumplirse la condición suspensiva de la cesión de posición contractual, le permite asumir la posición de arrendatario financiero, ello implica que puede ejercer la opción de compra, anticipada o no, respecto de los bienes (iii) al haber sido el proveedor original, le permite tener un conocimiento del mercado que pueda estar interesado en la adquisición de estos bienes ya sea directamente o a través de un financiamiento que puede ser el mismo arrendamiento financiero, produciéndose nuevamente una cesión de posición contractual.

Este esquema también es conocido como “arrendatario financiero sustituto” y es utilizado mayoritariamente en contratos vinculados a unidades de transportes en flota. Este “arrendatario financiero sustituto” en realidad, en la práctica, es una forma de garantía, pues al no poder asumir las obligaciones el cliente original, éstas son asumidas por el “arrendatario financiero sustituto”; en algún momento se intentó argumentar que se tratan de fiadores “en cubierto”, a efectos de tener un nivel de provisión menor, sin embargo, la figura de “arrendatario financiero sustituto”, difiere del esquema del fiador, pues en el supuesto que se trate de una fianza, es indispensable que la obligación garantizada sea líquida y exigible, no sólo incumplida (artículo 1872 del Código Civil, (1984), ello implicaría que el contrato de arrendamiento financiero deba ser resuelto y recién podría accionarse contra el fiador. La figura de “arrendatario financiero sustituto” justamente tiene como una de sus ventajas, que no es necesaria la resolución del contrato de arrendamiento financiero, y por ende no es necesario constituir provisiones.

De acuerdo a lo expresado en el numeral 1.8 precedente, ante el incumplimiento del arrendatario financiero, habiendo incurrido en causal de resolución, correspondería que:

- La entidad financiera tendría expedito su derecho para resolver el contrato de arrendamiento financiero.
- El arrendatario financiero deba pagar las cuotas vencidas, las cuotas por vencer, los intereses correspondientes.

- Debe procederse y devolver el bien que es materia del contrato de arrendamiento financiero, si el arrendatario se niega a ello, podría estar incurriendo en un ilícito penal, al estar poseyendo sin justo título.
- Se reporta al cliente como deudor ante el ente regulador.
- La institución financiera debe realizar una provisión de 60% del monto adeudado. La situación descrita, es una en que las partes harán todo lo que esté a su alcance a efectos que no se presente en el financiamiento.

Usualmente la falta de pago de las cuotas periódicas es, por una deficiencia del flujo de caja del deudor, originando una etapa de suspensión de pagos, ante esta situación una reestructuración de sus créditos probablemente no sería una solución, dependerá en cada caso. A diferencia de otras modalidades de financiamiento, en el arrendamiento financiero el activo es de propiedad de la institución y se encuentra en posesión del deudor; ello podría posibilitar algunos mecanismos que logren que el contrato no sea resuelto.

Son distintas variables a tener en cuenta, como las cuotas vencidas no pagadas, los intereses generados no pagados, el impuesto general a las ventas que se generó a consecuencia del vencimiento de la cuota periódica ello a comparación del valor del activo en el mercado y cuan interesante pueda ser para un tercero. En estas circunstancias se aprecia mucho el valor secundario que el activo pueda tener en el mercado, no debiendo ser éste muy especializado pues ello reduce el mercado en que pueda ser recolocado. Si el ejercicio de comparar el monto adeudado con el valor del activo en el mercado, resulta positivo, ello podría implicar que un tercero podría estar interesado en obtener un financiamiento por ese activo. Si esas son las circunstancias tanto el arrendador como el arrendatario financiero trataran de ubicar en el mercado al tercero que pueda estar interesado, si lo hallaran, es usual que se celebre un contrato de cesión de posición contractual, en mérito de la cual el arrendatario financiero (cedente) se aparta del contrato de arrendamiento financiero permitiendo que ingrese a la relación jurídica el tercero (cesionario) que continuará con el arrendamiento financiero y podrá ejercer la opción de compra.

Esta cesión de posición contractual en el arrendamiento financiero no se encuentra regulada legislativamente, como ninguna otra cesión de posición contractual en el esquema del arrendamiento financiero, sino más el propio mercado o las

instituciones que participan quienes buscan diversas alternativas de solución, siempre tratando de evitar la resolución del contrato.

3.3. ¿Es necesaria la regulación de la cesión de posición contractual en el contrato de arrendamiento financiero? ¿En todos los casos?

Como ya se ha comentado en anteriores ocasiones, el Decreto Legislativo N° 299 (1984) ha sido estructurado de forma tal que ha permitido que el arrendamiento financiero pueda ir adaptándose a distintos retos que el propio mercado le han ido imponiendo.

Mencionemos algunas situaciones:

- Al hacer referencia el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 299 (1984) a la posibilidad de realizar desembolsos parciales, ello ha permitido realizar operaciones de arrendamiento financiero de construcciones de centros comerciales, en los que en la primera etapa, se efectúan desembolsos parciales, sólo pagándose pre cuotas; ese contrato de arrendatario financiero está concebido para que al momento de la activación del mismo (y que el cliente comienza a pagar las cuotas ordinarias), se ceda la posición contractual de arrendatario financiero a aquella persona jurídica que operará el centro comercial. Por lo general esta cesión de posición contractual es pactada desde el inicio de la operación, y se encuentra sujeta a la condición suspensiva que se termine de realizar los desembolsos parciales y se active la operación.

Este esquema le otorga mayor seguridad a la institución financiera, pues las construcciones *per se* conllevan un riesgo propio, cual es que por alguna circunstancia no se concluya la edificación, por ello requiere la arrendataria que su cliente sea un sujeto de crédito con mayor respaldo. La condición suspensiva está vinculada a la activación del contrato, pues el riesgo de construcción o edificación desaparece con la “activación”.

Esta estructuración financiera que necesariamente implica una cesión de posición contractual, no se encuentra regulada legislativamente como tal, pero ha sido el mercado y sus participantes las que la han autorregulado, de forma tal

que los centros comerciales financiados a través de arrendamiento financiero tienen esta misma estructura en los últimos 6 a 8 años.

- En los contratos de arrendamiento financiero que tienen como objeto flotas vehiculares, el arrendatario financiero es una mediana o pequeña empresa, se pacta desde el inicio del contrato una cesión de posición contractual sujeta a condición suspensiva, usualmente se incluyen a los proveedores de los vehículos como “arrendatarios sustitutos”; la condición suspensiva consiste en que el arrendatario incurra en alguna causal de resolución, usualmente la falta de pago de las cuotas periódicas.

Esta cesión de posición contractual que se pacta en este tipo de operaciones, tampoco se encuentra regulada expresamente; sin embargo el mercado, los participantes, los proveedores se han autoregulado y utilizan este mecanismo en que todos los participantes resultan beneficiados. El proveedor al inicio vendió la flota de vehículos al banco; el cliente obtuvo la flota que necesitaba para la consecución de su objeto social; la institución financiera realizó una colocación y, en un supuesto de incumplimiento de pago el proveedor nuevamente puede ser propietario de los bienes (y por lo tanto venderlos o colocarlos nuevamente en arrendamiento financiero), el banco se hace cobro de la deuda y el cedente no sólo no es reportado ante las centrales de riesgo, sino inclusive puede haber recibido alguna suma de dinero.

- En aquellos casos en que el arrendatario financiero probablemente no califique quizás para un financiamiento por determinado monto, es factible que una empresa vinculada a éste o un tercero participe en el contrato de arrendamiento financiero desde el inicio, en calidad de cesionario, quedando la cesión de posición contractual sujeta a la condición suspensiva que el arrendatario original incurra en causal de resolución; teniendo quizás el cesionario una mejor calificación crediticia, ello haría viable el financiamiento.

Esta estructura, que tampoco está regulada normativamente, está permitiendo que el cedente pueda acceder a un financiamiento que sin la participación del cesionario sujeta a condición suspensiva, quizás no hubiera accedido porque crediticiamente no calificaba. Nuevamente ha sido el mercado y la necesidad de

concretar las operaciones financieras que se han establecido diversos mecanismos para acceder al financiamiento.

- En ocasiones un facilidad crediticia consistente en un arrendamiento financiero, por ejemplo, requeriría de un fiador solidario, por la propia estructura de la operación, sin embargo tanto para aquel que detentara la posición de fiador solidario en el contrato de arrendamiento financiero, así como para la institución financiera, e incluso para el mismo arrendatario, puede ser más beneficiosa, pactar desde un inicio que un tercero pueda acceder a la posición de arrendatario financiero habiéndose pactado una la cesión de posición contractual sujeta a condición suspensiva de incumplimiento. Veamos las diferencias.

Si se hubiese pactado una fianza solidaria sería necesario resolver el contrato de arrendamiento financiero para que la deuda sea líquida y exigible al fiador; ello implicaría (i) que la institución financiera deba provisionar la deuda impaga, (ii) debe reportarse al deudor ante centrales de riesgos, (iii) el fiador solidario que pague la deuda del fiado sólo podrá repetir contra el deudor original, pero nunca hará suyo el activo materia de arrendamiento financiero y (iv) la institución financiera deberá recolocar el activo en otra operación de leasing o venderlo a un tercero.

Si se pacta una cesión de posición contractual sujeta a condición suspensiva, (i) el deudor originario (cedente) se aparte del contrato de leasing, sin ser reportado a la central de riesgos, (ii) como el contrato de arrendamiento financiero no ha sido resuelto, la entidad bancaria no está obligada a provisionar la deuda, (iii) el cesionario al asumir la posición del arrendatario, estará facultado para ejercer la opción de compra respecto del bien que es materia del contrato de arrendamiento financiero.

Por lo indicado en los párrafos anteriores, usualmente los posibles fiadores solidarios prefieren optar por el esquema del “arrendatario sustituto” sujeto a condición suspensiva que ante una fianza, esencialmente porque podrán hacer suyo el activo al ejercer la opción de compra, situación que nunca podrá ser posible si es que su participación en el contrato de arrendamiento financiero es en calidad de fiador solidario.

Esta posibilidad de participar en calidad de cesionarios y no de fiadores, tampoco se encuentra regulada en las normas de arrendamiento financiero, es un mecanismo que también surge de la flexibilidad que otorga el Decreto Legislativo N° 299 (1984) y ha sido el mercado y sus partícipes quienes han ido introduciendo este mecanismo al financiamiento de forma tal que el cesionario tenga una mejor posición que el fiador.

- En los financiamientos a través de arrendamiento financiero de los inmuebles destinados a oficinas en venta, también la cesión de posición contractual posibilita no sólo el financiamiento sino también a un menor costo tributario.

Tal sería el caso que se trate de un arrendamiento financiero de un edificio de oficinas y que el arrendatario financiero original no sólo ha financiado la construcción a través del arrendamiento financiero y, al activarse el contrato, es factible que el mismo sea modificado de forma tal que pueda tratarse no de un único contrato sino de varios, siendo agrupados por unidades inmobiliarias, ello posibilitaría a que en determinados contratos de arrendamiento financiero sea cedida la posición de arrendatario financiero a terceros, quienes asumirían las cuotas pendientes de pago y finalmente podrían ejercer la opción de compra. Bajo este esquema no se pagaría alcabala ni en la cesión, ni en la opción de compra, pues sería la primera venta efectuada por el constructor, estando gravada con el impuesto general a las ventas y no por alcabala.

Este mecanismo financiero tampoco se encuentra regulado por las normas del arrendamiento financiero, pero posibilita a las partes a poder financiar los inmuebles desde la etapa de su construcción, detentando la institución financiera la propiedad del activo durante toda la vigencia del financiamiento, situación que es más ventajosa que contar con la hipoteca del terreno matriz.

Se han mencionado sólo algunos esquemas que la flexibilidad de las normas de arrendamiento financiero permiten que el mercado innove y vaya adecuando sus esquemas a los nuevos requerimientos, un claro ejemplo de ello es que para aquellos arrendamientos financieros cuyo objeto de financiamiento es la construcción, hoy en día ya no se requiere adquirir el inmueble o terreno sobre el cual se edificará la construcción, sino que basta con la constitución del derecho de superficie a favor de la entidad financiera, lo que posibilita el ahorro del pago de dos alcabalas; situación que

tuvo que variar de los contratos inmobiliarios de las décadas 90 y 2000, ello en el auge de la construcción en nuestro país en las últimas décadas, hacía necesario el ahorro financiero por costos tributarios.

Lo que pretendemos resaltar es que la estructura de las normas que regulan el contrato de arrendamiento financiero son tan flexibles que han permitido que las éstas se adecúen a las diversas necesidades del mercado, sin que sea necesario un cambio legislativo, consideramos que ello también ha sido factible porque el mercado y sus partícipes han podido ir innovando, buscando mecanismos que encuadren en las estructuras flexibles del arrendamiento financiero, permitiendo que los financiamientos puedan concederse sin cambio normativo.

Y hay aspectos en que el propio mercado ha ido autorregulándose, aunque debemos reconocer que las posiciones han sido tomadas por los arrendatarios financieros y no necesariamente por los clientes. Por ello, somos de la opinión que en determinadas circunstancias deberíamos dejar que el mercado se autorregule, claro está que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, como ente regulador tendrá la posibilidad de emitir algún pronunciamiento en caso considere que la autorregulación no sea conveniente para el mercado, o por otras consideraciones que pueda tener.

Cuando nos referimos a “autorregulación”, no nos referimos a un absoluta e irrestricta libertad para establecer los parámetros, sino que se parte de una base normativa existente, pero que ésta no encasille a las partes con tantas limitaciones o regulaciones que no le permita establecer nuevas estructuras. Efectivamente, el contrato de arrendamiento financiero tiene una legislación que establece en qué consiste esta modalidad financiera regulando distintos aspectos que le son particulares, como puede ser la responsabilidad civil, el tratamiento tributario, plazo, vigencia entre otros. Teniendo como sustento esta base normativa, el Decreto Legislativo N° 299 (1984) su reglamento, el mercado y los partícipes contractuales, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y de su libertad contractual prevista en el artículo 1354 del Código Civil (1993), han establecido nuevos esquemas que no están normados pero que se desarrollan dentro de los *límites* que el Decreto Legislativo N° 299 (1984) establece, de esa forma se va satisfaciendo las necesidades que el propio mercado exige.

Consideramos que los diversos esquemas que el mercado y los partícipes han ido innovando, desarrollando, creando dentro de los parámetros de la normatividad

vigente del contrato de arrendamiento financiero han sido positivos, pues ha permitido que esta forma de financiamiento se adapte a las necesidades del mercado, en particular los casos expuestos vinculados a la cesión de posición contractual como:

- Contrato de arrendamiento financiero en el que interviene el proveedor, pactándose la cesión de posición contractual sujeta a la condición suspensiva que el arrendatario financiero incurra en causal de resolución.
- Contrato de arrendamiento financiero en que la casa matriz del arrendatario financiero participa como “arrendatario sustituto”, lo que implica una cesión de posición contractual a su favor en el supuesto que se incurra en casuales de resolución.
- Contrato de arrendamiento financiero en el que el arrendatario original ha incurrido en causal de resolución y antes que se resuelva (con las consecuencias que ello implica) se busca a un tercero con el que pueda pactarse una cesión de posición contractual para que éste continúe pagando las cuotas periódicas.
- Contrato de arrendamiento financiero que tiene por objeto de financiamiento la construcción de un inmueble de oficinas, que una vez construido, éste se modifica de forma tal que permita la cesión de contratos “individuales” vinculados a cada una de las oficinas que sea posible de pactar una cesión de posición contractual.

En estos esquemas tanto el mercado, los partícipes e inclusive entes públicos como la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, las Oficinas registrales, los municipios registrales, la Superintendencia de Administración Tributaria de Lima, entre otros, han ido aceptando estos esquemas que normativamente no se encuentran legislados.

Sin embargo, la cesión de posición contractual en los casos que el arrendatario financiero ha incurrido en una causal de resolución y ello implicaría la necesidad de constituir provisiones, reportar a las centrales de riesgo al deudor, que el cliente devuelva el activo, entre otras, consideramos que sí debería tener una regulación especial determinada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la misma que proponemos en el siguiente capítulo.

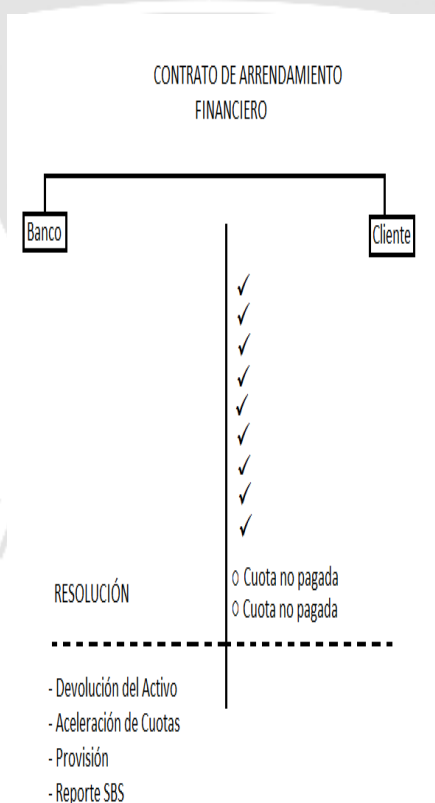
CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE REGULACION DE LA CESION DE POSICION CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO

En el supuesto que alguna de las partes del contrato de arrendamiento financiero incurra en alguna causal expresa de resolución del mismo, el contrato puede ser resuelto de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial, bastará que se cumpla con los aspectos operativos que las partes hayan acordado en el mismo.

La resolución del contrato de arrendamiento financiero conlleva una serie de aspectos como los siguientes:

Figura 8

Efectos de la resolución del contrato de arrendamiento financiero



Es decir, debemos considerar lo siguiente:

- El activo que es materia del contrato de arrendamiento financiero debe ser devuelto al arrendador financiero, pues el éste detenta la propiedad del mismo y el arrendatario ha perdido el título como poseedor legítimo al haberse resuelto el contrato, por lo que podría afirmarse que estaría en posesión de un bien sin justo título para ello, situación que podría lindar con temas penales.
- En el supuesto que la resolución del contrato se efectivice, las cuotas por vencer se aceleran y el arrendatario financiero está en la obligación de pagar las cuotas ordinarias vencidas y por las vencer (incluyendo capital e intereses), finalmente está pagando todo el financiamiento sin poder ejercer la opción de compra.
- Se pierde la posibilidad de ejercer o que se haga efectiva la opción de compra respecto del bien que era materia del contrato de arrendamiento financiero. Para efectos tributarios, cualquier transferencia que no se enmarque en la opción de compra, deberá realizarse a valor de mercado.
- La institución del sistema financiero deberá reportarse a la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP la deuda impaga.
- El arrendatario financiero debe provisionar la deuda.
- El arrendatario financiero debe proceder a vender el bien que era materia del contrato de arrendamiento financiero o reubicarlo en otro contrato de arrendamiento financiero.

Bajo estos esquemas, es una situación indeseada por las partes, pues cada una de ellas asume nuevas obligaciones que escapan al flujo normal de un financiamiento.

De conformidad con el Glosario de Términos e Indicadores Financieros de la Superintendencia de Banca y Seguros (www.sbs.gob.pe) debe entenderse por provisiones de la cartera de créditos, aquellas provisiones constituidas sobre los créditos directos, considerada como la cuenta que ajusta el valor de la cartera de créditos en función de la clasificación del riesgo del deudor por riesgo crediticio.

Sin ánimo de involucrarnos en temas muy contables o técnicos sobre las provisiones de deben realizar las instituciones financieras, basta indicar que el régimen de provisiones en nuestro país se encuentra normada en la Resolución SBS N° 11356-2008 (2008), debiendo mencionar únicamente, en términos generales que las provisiones toman en consideración los siguientes aspectos:

- Los créditos por categoría del riesgo del deudor puede ser: créditos en categoría normal, créditos en categoría con problemas potenciales, créditos en categoría deficiente, créditos en categoría dudoso y créditos en categoría pérdida.
- Los tipos de crédito, que examina aspectos como nivel de ventas, grado de endeudamiento y finalidad del crédito, puede ser: créditos corporativos, a grandes empresas a medianas empresa a pequeñas empresas a microempresas o de consumo.
- Y por la modalidad, en este caso será de arrendamiento financiero o lease-back

Una vez resuelto un contrato de arrendamiento financiero, la institución bancaria se encuentra obligada, por normas de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, a constituir determinados niveles de provisiones. Dependiendo de los aspectos mencionados es el nivel de provisión que el ente regulador exige a las instituciones financieras, en términos generales y sólo para efectos de presentación consideremos las siguientes provisiones:

Tabla 4

Provisiones exigibles

	Provisiones en general	Provisiones en leasing
Crédito normal	1%	1%
Crédito con problema potencial	5%	2.5%
Crédito deficiente	25%	12.5%
Crédito dudoso	60%	30%
Crédito pérdida	100%	60%

La resolución de un contrato de arrendamiento financiero es una de las situaciones más drásticas y caras que se adoptan y, que en realidad por sí misma no soluciona el problema, pues obliga a pagar al arrendatario financiero una suma mucho mayor a la que estaba pagando en forma periódica, pues todos los plazos se aceleraran. Es oneroso para la institución financiera pues está obligada a provisionar, en determinados casos hasta por el 60% de la deuda integra.

Sólo a modo de reflexión, si la institución financiera debe provisionar el 60% de la deuda porque se resolvió el contrato de arrendamiento financiero, ello implica que para el ente regular el bien materia del contrato de arrendamiento financiero no tiene un

valor mayor al 40% del monto adeudado. En realidad dependerá de cómo se estructuró la operación financiera pues usualmente en los contratos de arrendamiento financiero se pacta una cuota inicial que permite mantener un buen ratio entre la vida útil del bien y el saldo de capital pendiente de pago. Si el monto de la cuota inicial ha sido considerable, es muy probable que el ratio activo/deuda posibilite a que la depreciación del bien haya sido absorbida por el valor de la cuota inicial. Además, en la evaluación del riesgo que realiza la entidad financiera, siempre se tiene en cuenta la vida útil del activo, no pudiendo ser mayor el plazo de vigencia del contrato del plazo al plazo de la vida útil del activo.

Ante esta situación consideramos que el ente regulador podría normar, entre otros aspectos la cesión de posición contractual en los contratos de arrendamiento financiero, pues la autorregulación no tiene cabida en esta situación esencialmente por las normas existentes sobre provisiones y por imposibilidad de pago del deudor. El esquema que se propone no excluye la obligación de la entidad financiera de constituir una provisión, pero sí establece algunas consideraciones previas a efectos que ésta pueda dilatarse un poco en el tiempo, dando así la posibilidad a que pueda desarrollarse algún esquema que permita que el contrato a pesar de encontrarse en causal de resolución no se proceda a la resolución del mismo.

Veamos algunos temas ante el incumplimiento en el pago del cliente en el contrato de arrendamiento financiero:

- El punto esencial de análisis es el valor del activo en comparación con el saldo de capital pendiente de pago por parte del deudor (tanto las cuotas pendientes como el saldo de capital pendiente de pago, entendiéndose el valor de la deuda). Nuestro planteamiento establece que el valor de realización del activo, determinado por un perito registrado ante la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, sea mayor al valor de la deuda.
- Que el mismo perito que valore el activo, manifieste que existe un mercado secundario para el activo.
- Este régimen excepcional solo podrá ser aplicable por una sola vez durante la vigencia de una operación de arrendamiento financiero. Este aspecto es relevante, pues si no se acota a una sola vez puede convertirse en un

incentivo perverso para dejar de pagar reiterativamente las cuotas de arrendamiento financiero.

- Para que el régimen excepcional pueda ser aplicado, será necesario que el deudor (i) no debe estar sometido a ninguna de los regímenes concursales que la legislación establece, (ii) no debe estar incurso en un proceso de liquidación y disolución, (iii) el incumplimiento en el pago no debe obedecer a circunstancias ajenas a la actividad comercial, por ejemplo, no debe tratarse de incumplimientos que puedan haber sido producidos por temas como Fenómeno del Niño, pues en estos casos tanto las instituciones financieras como el ente regulador ya han establecido mecanismos para coadyuvar al deudor para enfrentar esta situación anómala.

En el supuesto que los condicionamientos antes indicados se configuren, el ente regulador puede brindar un período o un plazo que puede ser 60 días para que la institución financiera no se encuentre obligada en provisionar la deuda de forma inmediata, pues sólo se trata de tiempo para poder o vender el activo a un tercero o encontrar a un cesionario que tenga interés en el financiamiento y en el activo, en ese mismo período el arrendatario financiero suspenderán sus pagos respecto del financiamiento. Por ello es indispensable saber la relación de valor ente el activo y la deuda. En muchos casos podrá optarse por la cesión de posición contractual.

También puede ser factible que se conceda a aquel deudor que cumpla con los requisitos establecidos gozar de un período de “remedio” en el cual, por ejemplo puede no cobrarse intereses, a efectos que la carga financiera pueda ser sobrellevada.

Desde el inicio, ante el incumplimiento del arrendatario financiero, hay dos posibilidades que deben ser analizadas. La primera de ellas es que el cliente cuenta con la predisposición para tratar de llegar a una solución ya sea por la venta del activo o la cesión de posición contractual a un tercero. La segunda, es una posición contraria, es decir el deudor no asume realmente la situación en que se encuentra, puede no entregar la posesión del activo, por lo que ello dificultaría encontrar una solución conjunta; ante ello sería recomendable que en los contratos de arrendamiento financiero se pacte una cesión de posición contractual sujeta a condición suspensiva, habiendo el deudor manifestado su voluntad en ese sentido de acuerdo al artículo 1435 del Decreto

Legislativo N° 295 (1984), Código Civil, siendo la condición suspensiva que el arrendatario financiero haya incurrido en una causal de resolución contractual.

Si normativamente es factible que la decisión de resolución se dilate en el tiempo 60 días, ello implicaría:

- La institución financiera ahorraría el costo del dinero de 60 días, pues puede ocurrir que finalmente igual deba procederse a la resolución del contrato, pero aún en esa situación ya ha habido un ahorro.
- El deudor contaría con un período de “remedio” en el que pudiera ordenarse financieramente y regularizar sus pagos. El período de remedio sería el mismo plazo que la entidad financiera dejase de provisionar, es decir 60 días.
- En el plazo de 60 días las partes, tanto el arrendador como el arrendatario financiero tienen la posibilidad de explorar en el mercado hasta encontrar a un “arrendatario sustituto”, pudiendo también explorar la posibilidad de la venta del activo.

Adicionalmente a otorgar un período de “remedio” a favor del arrendatario financiero, en el que suspenda sus obligaciones de pago del contrato de arrendamiento financiero los pagos por 60 días, es interesante brindarle un incentivo directo. Se propone que si antes del vencimiento del plazo del referido “período de remedio” un tercero adquiere el activo, previa resolución del contrato de arrendamiento financiero, y el precio de venta excede el monto de la liquidación efectuada por la institución financiera, ésta transferirá la indicada diferencia a favor del arrendatario financiero previa presentación del comprobante de pago respectivo.

La propuesta normativa es la siguiente:

Resolución S.B.S.

N° - 2017

El Superintendente de Banca, Seguros y

Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

CONSIDERANDO:

Que, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 y sus modificatorias, en adelante Ley General, establece en su artículo 222° que, en la evaluación de las operaciones que integran la cartera crediticia deberá tenerse presente los flujos de caja del deudor, sus ingresos y capacidad de servicio de la deuda, situación financiera, patrimonio neto, proyectos futuros y otros factores relevantes para determinar la capacidad del servicio y pago de la deuda; señalando expresamente que el criterio básico es la capacidad de pago del deudor y que las garantías son subsidiarias;

Que, asimismo, el numeral 4 del artículo 132° de la Ley General establece como uno de los medios para atenuar los riesgos del ahorrista, la constitución de provisiones genéricas y específicas;

Que, mediante la Resolución SBS N° 11356-2008 del 19 de noviembre de 2008 y sus normas modificatorias, se aprobó el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones, en adelante el Reglamento;

Que, resulta necesario introducir modificaciones en el citado Reglamento, con la finalidad de precisar un tratamiento especial que incluye las provisiones para las operaciones de arrendamiento financiero, en cualquier de sus modalidades, aquellas operaciones en que el deudor haya incurrido en causal de resolución por falta de pago;

Que, a efectos de recoger las opiniones del público en general respecto a las propuestas de modificación de la normativa, se dispuso la pre publicación de la presente resolución, al amparo de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS;

En uso de las atribuciones conferidas por los numerales 7, 9 y 13 del artículo 349° de la Ley General, y por lo dispuesto mediante Resolución N° 6389-2011 del 27 de mayo de 2011;

Estando a lo opinado por las Superintendencias Adjuntas de Banca y Microfinanzas, Estudios Económicos, Riesgos y Asesoría Jurídica;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Establézcase un régimen especial para los contratos de arrendamiento financiero, en cualquiera de sus modalidades, en virtud del cual, no será necesario aplicar el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones aprobado por la Resolución SBS N° 11356-2008 del 19 de noviembre de 2008 y sus normas modificatorias por un plazo de 60 días calendario, vencido el referido plazo el arrendador financiero deberá constituir las provisiones que el citado Reglamento imponga.

Artículo Segundo.- Para efectos de poder acceder al régimen especial establecido en el artículo primero, deberán cumplirse con los siguientes requisitos:

- a. Que el arrendatario financiero haya incurrido en causal de resolución pactada en el contrato de arrendamiento financiero, consistente en el incumplimiento de pago mínimo de dos cuotas periódicas, o de una cuota o cuota extraordinaria o pre cuota por más de 30 días.
- b. Sólo será de aplicación por una sola vez en cada contrato de arrendamiento financiero.
- c. Que el bien materia del contrato de arrendamiento financiero sea tasado por un perito registrado en el Registro de Peritos Valuadores registrados ante la Superintendencia, y que éste determine que el valor del bien excede 15% del valor de la liquidación que haya efectuado el arrendador financiero. La liquidación deberá comprender el saldo de capital pendiente de pago, más las cuotas o pre cuotas o cuotas extraordinarias pendientes de pago y los intereses generados hasta la fecha en que se incurrió en causal de resolución.
- d. Que el perito referido en el inciso anterior, manifieste en su informe que a la fecha del mismo existe un mercado secundario para el bien materia del contrato de arrendamiento financiero.
- e. El arrendatario financiero no puede estar incurso en ninguna modalidad de Procedimiento Concursal.

Artículo Tercero.- En el supuesto que antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 1°, un tercero adquiriera el activo, previa resolución del contrato de arrendamiento financiero, y el precio de venta excede el monto de la liquidación indicada en el artículo 2 inciso (c), la institución financiera transferirá la indicada diferencia a favor del arrendatario financiero previa presentación del comprobante de pago respectivo.

Artículo Cuarto.- El régimen especial establecido por la presente Resolución consiste en otorgarle al arrendador financiero un plazo de 60 días calendario desde que incurrió en casual de resolución del contrato de arrendamiento financiero plazo en que se suspenderán la obligatoriedad de pagar las contraprestaciones económicas derivadas del contrato de arrendamiento financiero.

Artículo Quinto.- La presente resolución entrará en vigencia a partir del día siguiente a su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Superintendente de Banca, Seguros y

Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

Con este régimen de excepción lo que se le está otorgando tanto al arrendador como al arrendatario, es gozar de un plazo de 60 días para buscar un tercero interesado en el activo cuyo valor en el mercado puede ser hasta mayor que el saldo de capital pendiente de pago del contrato de arrendamiento, quien compraría el activo o asumiría la posición de arrendatario no siendo necesario resolver el contrato, ello liberaría tanto a la institución financiera como al arrendatario original de asumir las consecuencias de la resolución del contrato.

CONCLUSIONES

- La estructura normativa del contrato de arrendamiento financiero de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 299 (1984), ha permitido que éste contrato haya ido evolucionando, innovando, adaptándose sin que su naturaleza jurídica se altere, permitiendo que en la actualidad pueda utilizarse al arrendamiento financiero como un mecanismo de financiamiento que permite construir centros comerciales, hoteles, edificios de oficinas, habiendo logrado que las colocaciones totales al 30 de abril de S/ 20,504,732 (en miles de soles).
- De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, por lo tanto, el contrato como acuerdo de voluntades posibilita el nacimiento de una relación jurídica patrimonial, por lo que el contrato se “agota” en ese mismo instante, lo que permanece es relación jurídica, las posiciones que tienen las partes en la relación jurídica y las prestaciones a que se han obligado las mismas. Bajo esta perspectiva, la cesión de posición en sí misma es un contrato, pues crea una relación jurídica patrimonial a través de la cual una parte denominada “cedente” accede apartarse de la relación jurídica patrimonial originaria o también denominada básica, en tanto que la otra, denominada “cesionaria”, accede a formar parte en esa relación de la que no participaba originalmente y, la tercera parte, denominada como “cedido” manifiesta su asentimiento.
- No existe impedimento normativo para poder pactar la cesión de posición contractual en los contratos de arrendamiento financiero, sin embargo, en determinadas estructuras el mercado en base a la autorregulación no permite determinadas cesiones de posición contractual. Pueden mencionarse dos casos concretos: (i) La cesión a terceros únicamente la opción de compra luego que el arrendatario financiero haya pagado todas las cuotas periódicas y haya hecho

uso de la depreciación acelerada, (ii) la cesión del contrato a favor de un tercero cuando resta menos de un año para la conclusión del contrato.

- Para el presente trabajo la “autorregulación”, no debe ser entendida como absoluta e irrestricta, sino que parte de una base normativa existente, que no encasille a las partes con tantas limitaciones o regulaciones que impidan establecer nuevas estructuras. Existe una legislación específica que establece en qué consiste esta modalidad financiera regulando distintos aspectos que le son particulares, como la responsabilidad civil, el tratamiento tributario, plazo, vigencia, entre otros. El mercado y los partícipes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y haciendo uso de su libertad contractual, artículo 1354 del Código Civil (1993), han sido quienes han establecido nuevos esquemas que no están normados pero que se desarrollan dentro de los *límites* que el Decreto Legislativo N° 299 (1984) establece, de esa forma se va satisfaciendo las necesidades que el propio mercado exige.
- Para afrontar la eventualidad del incumplimiento de pagos por parte del arrendatario en el contrato de arrendamiento financiero, las partes pueden pactar una cesión de posición contractual a favor de un tercero; esta cesión se encuentra sujeta a la condición suspensiva que el arrendatario incurra en casual de resolución por falta de pago. En caso se cumpla con la condición suspensiva y surta efectos la cesión de posición contractual, no será necesaria la resolución del contrato de arrendamiento financiero, ello evita que se presenten las siguientes consecuencias (i) que la institución financiera provisione el 60% del monto adeudado, (ii) los bienes materia del contrato deben ser entregados por el arrendatario a la institución financiera, (iii) se debe reportar a la Superintendencia de Banca y Seguros el incumplimiento del deudor, (iv) el arrendatario financiero se encuentra obligado a pagar el monto de las cuotas impagas así como las cuotas pendientes de pago.
- La resolución del contrato de arrendamiento financiero es una situación de crisis, ninguna de las partes obtiene beneficios sino más bien consecuencias no deseados por ellas cuando contrataron. La práctica y el transcurso de los años han demostrado que la “autorregulación” no ha sido suficientemente efectiva para enfrentar las consecuencias de la resolución. Por ello, se propone que el ente regulador norme un esquema que permita incentivar a las partes, antes de la

resolución del contrato, a que éste sea cedido a un tercero o se proceda con la venta del activo. Para ello deberán cumplirse con requisitos mínimos: (i) el arrendatario financiero haya incurrido en causal de resolución, consistente en el incumplimiento de pago mínimo de dos cuotas periódicas, o de una cuota o cuota extraordinaria o pre cuota por más de 30 días, (ii) sólo será de aplicación por una sola vez en cada contrato de arrendamiento financiero, (iii) que el bien materia del contrato de arrendamiento financiero sea tasado por un perito registrado en el Registro de Peritos Valuadores registrados ante la Superintendencia, y que éste determine que el valor del bien excede 15% del valor de la liquidación que haya efectuado el arrendador financiero, (iv) el perito referido en el inciso anterior, manifieste en su informe que a la fecha del mismo existe un mercado secundario para el bien materia del contrato de arrendamiento financiero y, (v) al arrendatario financiero no puede estar incurso en ninguna modalidad de Procedimiento Concursal.

Ello permitiría que la entidad financiera no esté obligada a provisionar por un plazo de 60 días, plazo en el cual el arrendatario financiero también suspendería los pagos del contrato, con el objetivo de ceder la posición contractual a un tercero o se proceda a la venta del activo; en éste último caso, si el valor de la transferencia es mayor a la deuda del arrendatario, la institución financiera, está obligada a transferirla a favor del arrendatario financiero previa presentación del comprobante de pago respectivo.

REFERENCIAS

- Borda, G. (2012). *Tratado de derecho civil*. Tomo I (10^a ed). Argentina: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Broseta Pont, M. (2011). *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos.
- De la Puente, M. (1978). La cesión de posición contractual. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. (33), 39-74.
- De la Puente, M. (1983). *Estudios sobre el contrato privado. Tomo II*. Perú: Editorial Cuzco.
- De la Puente, M. (1993). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Biblioteca para leer el Código Civil. 15(Segunda parte Tomo V). Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rodriguez Azuero, S. (2009). *Contratos bancarios: su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Sanchez Calero, F. (2010). *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid: Aranzadi.
- Soria, A. (2016). El contrato de leasing: análisis de la legislación peruana y del régimen especial del leasing inmobiliario. En Castillo Freyre, M., Lama More, H., *Todo sobre el contrato de arrendamiento: un enfoque práctico: identificación de los problemas más frecuentes y sus soluciones*.
- Torres, A. (2012). *Teoría general del contrato*. Lima: Instituto Pacífico.
- Poder Judicial. Juzgados Comerciales. Recuperado del sitio de internet: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/55ee5a80455a929dbccdfef1f3cfe2ec/CONCLUSIONES.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=55ee5a80455a929dbccdfef1f3cfe2ec>
- Decreto Legislativo N° 295 (25 julio 1984). Recuperado del sitio de internet del Sistema de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/>
- Decreto Ley 18957 (15 septiembre de 1970). Precisan las funciones de las Empresas Financieras Privadas para garantizar su solidez y operatividad. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/>
- Decreto Legislativo N° 295 (25 de julio de 1984). Código Civil. Recuperado del sitio de internet del Sistema de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/>
- Decreto Legislativo N° 299 (29 de julio de 1984). Ley del Arrendamiento Financiero. Recuperado del sitio de internet del Sistema de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/>

Decreto Legislativo N° 915 (12 de abril de 2001). Decreto Legislativo que precisa los alcances del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 299, modificado por la Ley N° 27394. Recuperado del sitio de internet del Sistema de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/>

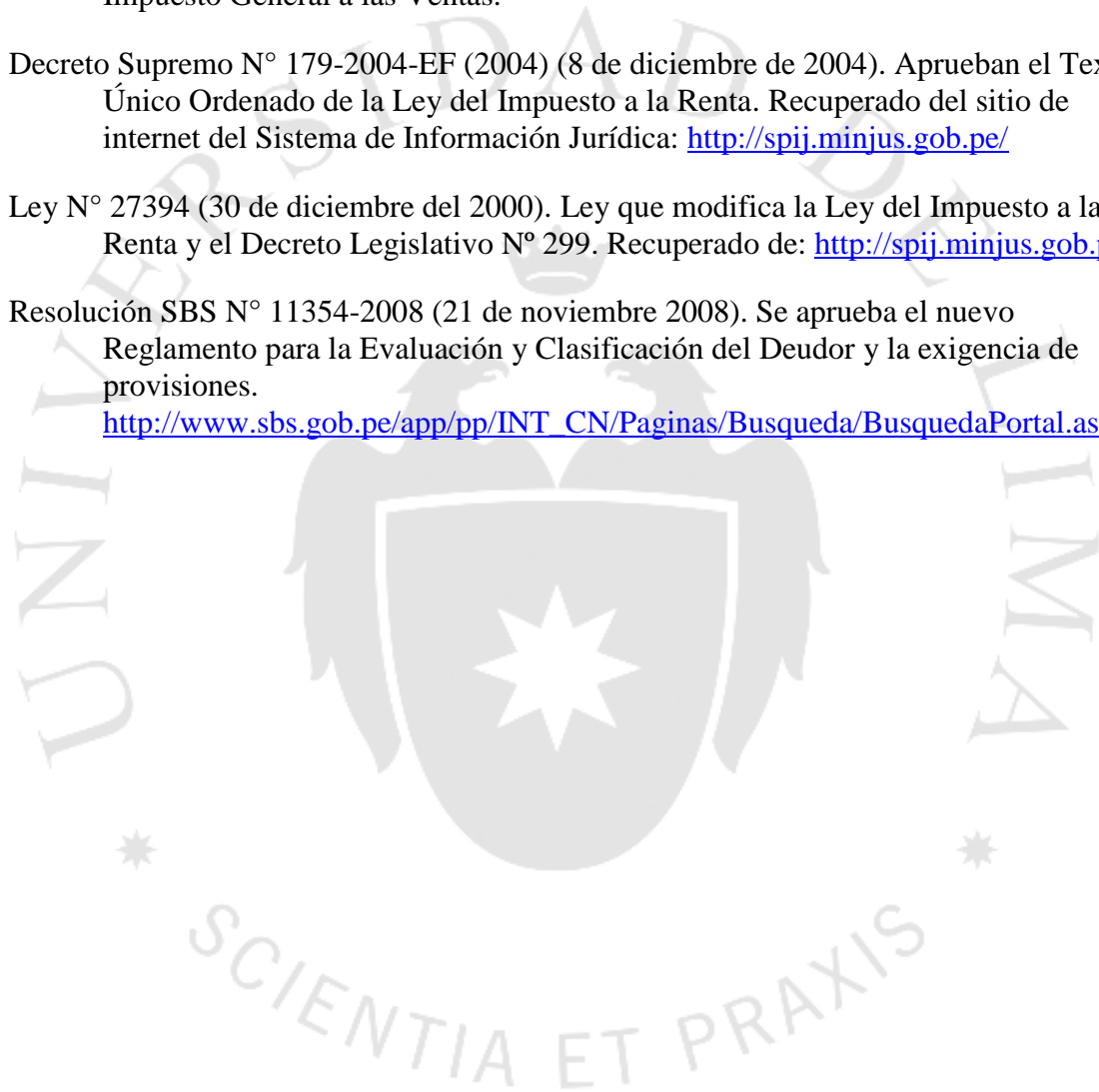
Decreto Supremo N° 559-84-EFC (30 de diciembre de 1984). Establecen normas aplicables a operaciones de arrendamiento financiero. Recuperado del sitio de internet del Sistema de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/>

Decreto Supremo N° 055-99-EF (15 de abril de 1999). Texto Único Ordenado del Impuesto General a las Ventas.

Decreto Supremo N° 179-2004-EF (2004) (8 de diciembre de 2004). Aprueban el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta. Recuperado del sitio de internet del Sistema de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/>

Ley N° 27394 (30 de diciembre del 2000). Ley que modifica la Ley del Impuesto a la Renta y el Decreto Legislativo N° 299. Recuperado de: <http://spij.minjus.gob.pe/>

Resolución SBS N° 11354-2008 (21 de noviembre 2008). Se aprueba el nuevo Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la exigencia de provisiones.
http://www.sbs.gob.pe/app/pp/INT_CN/Paginas/Busqueda/BusquedaPortal.aspx



BIBLIOGRAFÍA

- Acquarone, M., Benseñor, N., Casabé, E. (2011). *Teoría y Técnica de los Contratos, Instrumentos públicos y privados*. Buenos Aires: La Ley.
- Arana, D. (2010). *Tratamiento Contable y Tributario de Arrendamiento Financiero*. Lima: Instituto Pacífico.
- Arias-Schreiber, M. (1999). *Contratos Modernos*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arias-Schreiber, M. (1999). *Contratos Modernos*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arias-Schreiber, Max. (2001). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo I. (3ra. Ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Arias-Schreiber, Max. (2001). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo II. (3ra. Ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Bravo Melgar, S. (2010). *Contratos Modernos: contratos atípicos e innominados*. Lima: Ediciones Legales.
- Buitrago Rubira, J. R. (1998). *El leasing mobiliario y su jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi.
- Corrales Romeo, J. & Barbon Castañeda, J. G. (1991). *Sociedades de Financiación, Leasing y factoring*. Madrid: Hispamer.
- García Garnica, M. C. (2001). *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*. Navarra: Aranzadi.
- Gonzales Castilla, F. (2002). *Leasing Financiero Mobiliario. Contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia*. Madrid: Civitas.
- Garriguez, J. (1975). *Contratos Bancarios*. Madrid: imprenta Aguirre.
- Garriguez, J. (1983). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II. Madrid: imprenta Aguirre.
- Laguna Caballero, J. (1987). *Leasing. Régimen Legal Peruano*. Lima: Cultural Cuzco.
- Leyva Saavedra, J. (1995). *El contrato de leasing*, Lima: Griley.
- Lete del Río, J. (1995). *Derecho de obligaciones*. Vol. I. Madrid: Tecnos.
- Miranda, E. y Zárate, Milagros (2004). *Manual de contratos especiales Típicos y Atípicos*. Lima: Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga.

- Molina Sandoval, C. & Rodríguez, C. (2007). *Leasing. Estructura jurídica, leasing operativo, financiero y retroleasing, cumplimiento y ejecución, aspectos concursales, contables, impositivos y penales*. Madrid: Reus.
- Montoya Manfredi, U., Montoya Alberti, U. y Montoya Alberti, H. (2004). *Derecho Comercial*. Tomo I. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Nicolas, M., Diplotti, A. & Gutierrez, P. (2000). *Leasing. Análisis Fiscal y Contable*. Buenos Aires: La Ley.
- Oviedo, J. M. (1972). *El leasing ante el derecho español*. Madrid: Derecho Financiero.
- Rodriguez Azuero, S. (2009). *Contratos Bancarios: su significación en américa latina*. Bogotá: Legis.
- Rolin, S. (1975). *El leasing*. Madrid: Pirámide.
- Rodriguez, J. (2001) *Contratos e instrumentos bancarios*. Lima: Editorial Rodhas.
- Rodriguez Valverde, J. (1995). *Los Contratos Bancarios Modernos*. Lima: Griley.
- Rolin, S. (1975). *El leasing*. Madrid: Pirámide.
- Sanchez Calero, F. (1994). *Líneas esenciales para una regulación del contrato de arrendamiento financiero*. En Jornadas sobre Productor Financieros actuales Editorial Universidad Complutence 1994 Madrid.
- Sanchez Calero, F. (2010). *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid: Aranzadi.
- Sanchez Calero, F. y Sanchez Calero Guilarte, J. (2011). *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid: Aranzadi.
- Uría, R. (2011). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas.
- Vidal, C. (1976). *El leasing, una innovación en la técnica de la financiación*. Madrid: Ministerio de Hacienda.
- Villar Uribarri, J. M. (1993). *Régimen jurídico del leasing: cuestiones mercantiles, fiscales y penales*. Madrid: Edersa.
- Constitución Política del Estado Peruano 1993.
- RTF N° 7449-2-2003. (Lima). (2003). Ministerio de Economía y Finanzas: Tribunal Fiscal Sala 2. Recuperado de https://apps4.mineco.gob.pe/ServiciosTF/nuevo_busq_rtf.htm
- RTF N° 02983-2-2004. (Lima). (2004). Ministerio de Economía y Finanzas: Tribunal Fiscal Sala 2. Recuperado de https://apps4.mineco.gob.pe/ServiciosTF/nuevo_busq_rtf.htm

Informe N° 043-2013-SUNAT/4B000. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. Intendencia Nacional Jurídica. Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2013/informe-oficios/i043-2013.pdf>

Informe N° 047-2014-SUNAT/4B0000. Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. Intendencia Nacional Jurídica. Recuperado de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2014/informe-oficios/i047-2014.pdf>

