

# CONTRATOS INTERNACIONALES DE LEASING DE GRANDES AERONAVES CIVILES

## INTERNATIONAL LEASING CONTRACTS FOR LARGE CIVIL AIRCRAFTS

M<sup>a</sup> JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Visitante Lector de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 21.07.2016 / Aceptado: 28.07.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3255>

**Resumen:** Aunque el *leasing* como forma de financiación y más concretamente el contrato de leasing ha sido estudiado en multitud de ocasiones, no lo ha sido tanto en relación con las grandes aeronaves civiles. Por ello, en primer lugar, el presente trabajo se centra en las particularidades que presenta el *leasing* como forma de financiación de las grandes aeronaves civiles, presentando un grado de complejidad mucho más elevado que si el *leasing* se realizase sobre otro tipo de bien. Y en segundo lugar, se van a analizar los tipos de contratos de *leasing*, que por realizarse sobre las grandes aeronaves civiles presentan contornos propios. La primera característica que es fundamental para el presente estudio, es que éstos son contratos considerados intrínsecamente internacionales.

**Palabras clave:** grandes aeronaves civiles, financiación internacional, *leasing* internacional, arrendamiento financiero, arrendamiento operativo, contratos internacionales.

**Abstract:** Although leasing as a form of financing and more specifically the lease has been studied many times, it has not been so much in relation to large civil aircraft. Therefore, first, this work focuses on the peculiarities of leasing as a form of financing for large civil aircraft, presenting a much higher degree of complexity that if the leasing realizes on other well. And secondly, it's going to analyze the types of leases, which performed on large civil aircraft have own contours. The first feature, fundamental for this study, it is that contracts are considered inherently international.

**Keywords:** large civil aircrafts, international financing, international leasing, capital lease, financial lease, operating lease, international contracts.

**Sumario:** I. Introducción. II. El *leasing* como forma de financiación de las aeronaves: Conceptos económicos y contables. 1. “*Off-balance sheet financing*”. 2. Depreciación. 3. El valor tiempo del dinero. III. Tipos de *leasing* de aeronaves. 1. *Capital lease vs. Operating lease*. 2. *Capital lease*. A) *Leveraged lease*. B) *United States Foreign Sales Corporation Lease*. C) *Japanese Leveraged Lease*. D) *German Leveraged Lease*. E) *French Tax Lease*. F) *United Kingdom Tax Lease*. G) El arrendamiento financiero en España. H) *Sale and Leaseback*. 3. *Operating lease*. A) *Japanese Operating Lease*. B) *German Operating Lease*. C) *Spanish Operating Lease*. D) *Wet Lease*. E) *Sale and Leaseback*. IV. Clasificación de los contratos de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles. V. Contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles. 1. Cuestiones preliminares. A) Calificación del contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles. B) El elemento de internacionalidad en los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles. 2. Competencia judicial internacional. A) Normativa europea: Reglamento 1215/2012. a) Ámbitos de aplicación. b) Foros de competencia judicial internacional. a’) Foro de la sumisión expresa. b’) Foro de la sumisión tácita. c’) Foro del domicilio del demandado d’) Foro especial en materia contractual. 3. Ley aplicable. A) Reglamen-

to Roma I. a) Elección de ley. b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley. a') Los ocho tipos de contratos: El contrato de prestación de servicios. b') Los contratos mixtos o complejos. c') Cláusula de cierre. d') Cláusula de excepción. e') La cesión del crédito y la subrogación convencional. B) Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional. VI. Grupos de contratos asociados al financial lease o capital lease de grandes aeronaves civiles. 1. Cuestiones preliminares. 2. Competencia judicial internacional. A) Reglamento 1215/2012. a) Ámbitos de aplicación. b) Foros de competencia judicial internacional. a') Foro de la sumisión expresa. b') Foro de la sumisión tácita. c') Foro del domicilio del demandado. d') Foro especial en materia contractual. 3. Ley aplicable. A) Reglamento Roma I. a) Elección de ley. b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley. a') Ley aplicable a cada uno de los contratos. b') Cláusula de excepción. VII. Contratos de arrendamiento *dry lease* o *wet lease* de grandes aeronaves civiles. 1. Cuestiones preliminares. 2. Competencia judicial internacional. A) Reglamento 1215/2012. a) Ámbitos de aplicación. b) Foros de competencia judicial internacional. a') Foro de la sumisión expresa. b') Foro de la sumisión tácita. c') Foro del domicilio del demandado. d') Foro especial en materia contractual. 3. Ley aplicable. A) Reglamento Roma I. a) Elección de ley. b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley. a') Los ocho tipos de contratos: El contrato de prestación de servicios. b') Cláusula de excepción. VIII. Conclusiones.

## 1. Introducción

1. Los contratos internacionales de *leasing* de grandes aeronaves civiles son aquellos tipos de contratos a través de los cuales se pretende formalizar una manera, entre otras muchas, de financiar la adquisición de aeronaves. En la actualidad, la utilización del *leasing* para financiar los bienes de equipo es bastante habitual. Pero quizás por su elevado valor monetario, el uso de esta forma de financiación es mayor en el caso de las grandes aeronaves civiles, entendidas éstas como las aeronaves de más de 100 asientos<sup>1</sup>.

Si se tiene en cuenta el volumen de inversión que supone para una aerolínea la adquisición de una aeronave, es fácil comprender que ésta se tenga que financiar o bien a través de medios tradicionales o bien a través de figuras más modernas como el *leasing*, aunque en la actualidad esta última, sea la forma mediante la cual se financian la mayoría de las compraventas de aeronaves. Así pues, se puede adelantar que la complejidad de las operaciones de *leasing* ha provocado que además del contrato de compraventa internacional de aeronaves y del contrato de *leasing*, se elaboren otros modelos de contratos para llevar a cabo dicha operación –normalmente con fines de garantía–, constituyendo en ocasiones megacontratos<sup>2</sup>. Por lo tanto, las operaciones de *leasing* relativas a las aeronaves se han vuelto verdaderamente complejas, si se compara con las primeras operaciones en las que se utilizaba esta forma de financiación para la adquisición de aeronaves.

2. Hasta comienzo de los años 70, el *leasing* de bienes de equipo o maquinaria en general era una novedad para la mayoría de las compañías, salvo en la industria ferroviaria en Estados Unidos donde ya se venía utilizando desde los años 40 y 50, pues el resto de industrias preferían utilizar otras formas de financiación más convencionales<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Al centrarse el presente trabajo en las aeronaves de más de 100 asientos, se está haciendo referencia a las aeronaves desarrolladas por Airbus o Boeing, puesto que son los únicos fabricantes que se encuentran dentro del segmento de más de 100 asientos. Así que en este estudio, no se hará alusión a Bombardier o Embraer, pues su mercado objetivo es el segmento de los aviones regionales, es decir de aeronaves de menos de 100 asientos, aunque Bombardier con su familia CSeries pretende empezar a competir en el segmento de los 100 asientos con Airbus y Boeing (*vid.* S. TRIMBLE, "BOMBARDIER MOVES CS300 INTO DETAILED DESIGN WITH HIGH-DENSITY VARIANT INCLUDED", *FLIGHT INTERNATIONAL*, Reed Business Information, 29 de noviembre de 2012, disponible en línea en <http://www.flightglobal.com/news/articles/bombardier-moves-cs300-into-detailed-design-with-high-density-variant-379612> (consultado el 23 de marzo de 2015)).

<sup>2</sup> Se está adelantando cómo se configuran las operaciones internacionales de adquisición de grandes aeronaves civiles financiadas a través del *leasing*, aunque también se abordarán las peculiaridades de este tipo de contrato en los distintos ordenamientos. En Derecho español por ejemplo, respecto del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* se podría afirmar que se trata de un contrato con contornos propios, distinto de cómo se concibe este tipo de contrato en Derecho anglosajón.

<sup>3</sup> Sin embargo, el *operating lease* (arrendamiento operativo) a corto plazo era utilizado por parte de empresas de informática y fotocopiadoras. Aunque estos tipos de *leasing* no eran realizados por los departamentos financieros, sino por los depar-

En concreto en la industria aeronáutica, la compraventa de aeronaves se realizaba a través de la venta a plazos, sobre todo en el caso de aeronaves usadas, aunque la mayoría de las veces se llevaba a cabo mediante líneas de crédito concedidas en parte por bancos comerciales y en parte por bancos de fomento a la exportación como el *Eximbank* en los Estados Unidos de América, o el Banco Francés de Comercio Exterior (BFCF) en Europa<sup>4</sup>. Siendo el ejemplo más claro, cuando la entonces denominada *Airbus Industrie* financió la adquisición de sus primeras aeronaves fabricadas a través del BFCF, en la que además participaron las agencias de seguros de crédito COFAL de Francia, la del Reino Unido, ECGO, y la de Alemania, Hermes, en representación de los tres países fabricantes<sup>5</sup>.

Mientras que en Europa, las compañías aéreas hacían sus operaciones de financiación de adquisición de aeronaves basándose fundamentalmente en la banca privada, en Estados Unidos se realizaba un sistema mixto entre el *Eximbank* y los bancos comerciales. Normalmente la compañía aérea encargaba la construcción al fabricante, es decir Airbus o Boeing, y se le pagaba una entrada del 20%, que podía llegar a ser el 33% del precio total, llamada “*progress payments*” o “*delivery payments*”<sup>6</sup>. Además se negociaba una línea de crédito con bancos comerciales u oficiales, para poder cubrir la totalidad del precio, de forma que la aerolínea adquiriría la propiedad total de la aeronave, realizando una hipoteca sobre dicha aeronave. Esta solución surgió bajo el paraguas del Convenio de Ginebra de 1948, como forma de garantizar el cobro por parte de las entidades financieras.

Pero a consecuencia de la crisis del petróleo se desplomó el mercado del dólar, que provocó unos elevados tipos de interés, incrementando a su vez los costes de los recursos financieros. Además, se debe añadir que el alcance de la garantía hipotecaria derivada del Convenio de Ginebra de 1948 se limitaba a los países firmantes de dicho Convenio, así como la dificultad procesal que existía en numerosos ordenamientos para ejecutar la garantía hipotecaria, lo cual generaba un alargamiento de los procesos<sup>7</sup>.

Todo ello, provocó que se tuviera que acudir a nuevas formas de financiación para la adquisición de aeronaves, como era el *leasing* de aeronaves, porque resultaba ser beneficioso para ambas partes. Si se trataba de un *operating lease* para la aerolínea: para el arrendador, ya fuera el fabricante que estaba en mejor posición que la aerolínea de obtener financiación o la compañía de *leasing*, esta operación les reportaba incentivos fiscales, como la depreciación acelerada o los créditos fiscales a la inversión, que más adelante serán estudiados; mientras que para el arrendatario, la aerolínea, el *leasing* le permitía alquilar la aeronave a unos costes financieros mucho más bajos que si hubiera tenido que solicitar un préstamo común, sin olvidarnos de que si se trata de una aerolínea pequeña cabía la posibilidad de que no se lo concederían, además de otros beneficios financieros del *operating lease* como es el “*off-balance*

tamentos de operaciones de dichas empresas (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 182).

<sup>4</sup> J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, p. 260.

<sup>5</sup> Sobre el origen de Airbus y el inicio del conflicto Airbus-Boeing *vid.* M.-J. CASTELLANOS RUIZ, “Contencioso Airbus-Boeing”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 195-202.

<sup>6</sup> M.-S. CARVALHO SENTÈS, *Leasing de aeronaves. Opção para financiamento*, XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, Curaçao (Antillas Holandesas), 1993, p. 157.

<sup>7</sup> Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves firmado en Ginebra el 19 de junio de 1948. El listado de Estados parte de dicho Convenio está disponible en línea en [http://www.icao.int/secretariat/legal/List of Parties/Geneva\\_ES.pdf](http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Geneva_ES.pdf) (consultado el 31 de marzo de 2014), que nos indica que sólo lo han ratificado ochenta y nueve países, como es el caso de Estados Unidos, Canadá, Alemania, Francia y Reino Unido, pero España no lo ha hecho. En la actualidad, el Convenio del Ciudad del Cabo y su Protocolo sobre garantías internacionales sobre elementos de equipo aeronáutico, ha venido a desplazar en la práctica al Convenio de Ginebra de 1948, ya que si bien sigue siendo de aplicación a las hipotecas, apenas se realizan hipotecas sobre las aeronaves por su elevado coste. Aunque la Unión Europea se adhirió al citado Convenio y su Protocolo, es necesario que los Estados miembros lo ratifiquen para que despliegue todos sus efectos (Decisión del Consejo núm. 2009/370/CE, de 6 de abril de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de elementos de equipo aeronáutico, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre del 2001, DO núm. L 121, 15 mayo 2009). En esta misma línea, Estados Unidos y otros Estados con industria aeronáutica como Brasil ya lo han ratificado, así como la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, se están adhiriendo al mismo, siendo éste el caso concreto de España para el que el Protocolo entró en vigor el 1 de marzo de 2016 (Instrumento de adhesión al Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, BOE núm. 27, 1 febrero 2016).

*sheet financing*” –que se estudiará más adelante-. No obstante, si se trataba de un *capital lease* para la aerolínea: para el arrendador, ya fuera el fabricante o la compañía de *leasing*, también le interesaba porque además de los intereses de dicha operación, conservaba la titularidad de la aeronave y estaba en una posición más cómoda para el resarcimiento de su crédito, que si se tuviese que ejecutar una hipoteca por parte de una entidad bancaria; mientras que para el arrendatario, la aerolínea, el *leasing* le producía los mismos incentivos fiscales que para el arrendador en el caso de un *operating lease*, además de alquilar la aeronave a unos costes financieros más bajos y la posibilidad de adquirir la aeronave al terminar el contrato de *leasing*.

3. En términos muy sencillos, el *leasing* de equipos o maquinarias puede definirse como un acuerdo comercial por el que el propietario de dichos bienes de equipo, en nuestro caso la aeronave, transmite al arrendatario el uso de la aeronave por el pago de unas cuotas de alquiler pactadas durante un período de tiempo, que al finalizar el mismo y en ausencia de disposiciones en contrario en el acuerdo de *leasing*, la aeronave debe ser devuelta al arrendador<sup>8</sup>. Esta sería una definición muy simple del concepto del *leasing* de equipos o maquinarias, teniendo en cuenta que es una figura de origen anglosajón y que existen muchas definiciones parecidas que recojen el mismo concepto<sup>9</sup>. Es importante resaltar en esta primera definición del concepto de *leasing* el hecho de que no se le da importancia a la opción de compra al finalizar el período del *leasing* por parte del arrendatario<sup>10</sup>.

Jurídicamente, estos contratos en derecho común provocan la entrega en depósito del equipo alquilado al arrendatario. Como consecuencia de este tipo de relación contractual entre las partes, ambas tienen derechos y obligaciones. En concreto, el arrendatario como depositario de dicho bien está obligado a soportar todos los gastos derivados de la conservación y mantenimiento del activo para la protección de la posesión conferida a través de dicho contrato. Además, es intrínseco al contrato de *leasing* que el arrendatario reciba tanto la posesión del equipo como el derecho a su uso, a cambio de una retribución que debe ser pagada al arrendador.

En un contrato de *leasing*, el arrendador tiene que ofrecer el equipo que corresponda con la descripción contenida en el mismo. Normalmente, el arrendador debe asegurarse de que el bien está en las condiciones adecuadas para el propósito para el cual el arrendatario quiere destinarlo. Esta responsabilidad puede estar expresamente excluida por una disposición en el contrato, pero no se podrá recurrir a esta cláusula en el caso de incumplimiento grave de las garantías por parte del arrendador<sup>11</sup>.

De este sencillo concepto tal y como se ha planteado, sorprende el hecho de que se haya pasado a imaginativas pero complejas estructuras de *leasing* que se utilizan en la actualidad, para financiar la adquisición de aeronaves y que llevan asociadas en la mayoría de los casos no sólo un contrato, sino va-

<sup>8</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 178.

<sup>9</sup> La definición que hace la Asociación de *Leasing* de Equipos de Reino Unido (*Equipment Leasing Association of the UK*) dice de forma literal: “A lease is a contract between lessor and lessee for the hire of a specific asset selected from a manufacturer or vendor of such assets by the lessee. The lessor retains ownership of the asset. The lessee has possession and use of the asset on payment of specified rentals over a period”. Otra definición es la que realiza el Código Civil de Luisiana (*Civil Code of Louisiana*) en su art. 2669, que cita textualmente: “‘Lease’ or ‘hire’ is a synallagmatic contract, to which consent alone is sufficient, and by which one party gives to the other the enjoyment of a thing or his labor, at a fixed price”. Muy parecida a esta anterior definición es la que establece el Código Civil de Quebec (*Civil Code of Quebec*) en su art. 1691: “The lease or hire of things is a contract by which one of the parties called the lessor, grant to the other, called the lessee, the enjoyment of a thing, during a certain time, for a rent or price which the latter obliges himself to pay.” (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 178-179). En el ordenamiento español no existe una definición del contrato del *leasing* de equipos, porque se considera un contrato complejo y atípico, y aunque sí que existen diferentes normas que hacen referencia al contrato de “arrendamiento financiero”, se ha tenido que esperar al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil del año 2014, para poder conocer una definición del contrato de “arrendamiento financiero”, que será tratado más adelante y como se verá está dentro de la categoría de *capital lease* o *financial lease* (vid. Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 y aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de junio de 2014, disponible en línea en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html) (consultado el 30 de junio de 2014)).

<sup>10</sup> Se hace aquí esta puntualización porque como se verá la opción de compra dentro del contrato de *leasing* va a suponer un papel muy importante en dichos contratos, sobre todo para poder calificar este contrato y poder determinar las normas de Derecho internacional privado que pueden regular dichos contratos.

<sup>11</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 179.

rios contratos, dependiendo del tipo de *leasing* ante el que nos encontremos<sup>12</sup>. Por lo que los problemas de Derecho internacional privado, tanto de competencia judicial internacional como de ley aplicable van a ser diferentes en función de los contratos asociados con esa operación de *leasing* internacional.

4. Como ya se ha afirmado por la doctrina, para el *leasing* en general, y por lo tanto, para el *leasing* de aeronaves, se debe destacar que para poder ser entendida dicha operación se debe aceptar la idea de que existe una separación entre su dimensión económica y su dimensión jurídica<sup>13</sup>. En cuanto a la primera, es la que proporciona la razón de ser al *leasing*, pues éste surge como forma de financiación, en nuestro caso de las aeronaves, pero que en general está muy arraigado en la práctica empresarial. En cuanto a la segunda, ésta puede ser muy diferente dependiendo del tipo de *leasing* ante el que nos encontremos, puesto que a modo introductorio sólo comentar que el contrato o contratos relacionados con el *capital lease*, son distintos al contrato o contratos derivados de un *operating lease*.

5. En cuanto a su dimensión económica, es fundamental a la hora de abordar el tema del *leasing* internacional resaltar que la figura del *leasing* tiene diferencias sustanciales entre países, pero sobre todo entre Estados Unidos y los Estados de la Unión Europea, con las consecuencias que conlleva a nivel jurídico. En primer lugar, aunque la figura del *leasing* es por definición compleja, es en Estados Unidos donde inicialmente se van desarrollando estructuras cada vez más complicadas y que otros países como Alemania van adoptando posteriormente hasta llegar a España, como se podrá comprobar al tratar los tipos de *leasing* de aeronaves.

Y en segundo lugar, en Estados Unidos el *leasing* se realiza a través de sociedades que están reguladas por la SEC (*Securities and Exchange Commission*) -como cualquier empresa que cotiza en la bolsa de Estados Unidos-. Mientras que en la Unión Europea existe una normativa comunitaria en materia de financiación o de ordenación bancaria, de especial importancia ésta última en relación con los requisitos que debe cumplir la sociedad financiera para participar exclusivamente en las operaciones de arrendamiento financiero. Pues bien la regulación anterior es una normativa de Derecho administrativo, que han incorporado a sus respectivos ordenamientos los Estados de la Unión Europea y que es común tanto para el *leasing* interno como para el *leasing* internacional<sup>14</sup>. Estas incursiones en el Derecho material no se van a realizar porque son normas imperativas, es decir que son de aplicación independientemente de la ley que regule el contrato. Mientras que en el ámbito convencional, la Convención de Ottawa de 1988 es la única norma que regula materialmente el arrendamiento financiero internacional, pero del que España no es parte, así que será estudiada de forma breve por su escasa repercusión.

6. En cuanto a la dimensión jurídica, también existen diferencias, entre los países donde rige el *Common Law*, como Estados Unidos y los países donde rige el Derecho civil como son los Estados de la Unión Europea menos Inglaterra. En Estados Unidos la complejidad del *leasing* lleva a la constitución de sociedades especiales para llevar a cabo cada operación de *leasing* internacional, en ocasiones a través de *trust*, lo cual provoca multitud de contratos relacionados, además de otros documentos necesarios para cada tipo de *leasing*. En estos casos, los juristas anglosajones no intentan tipificar el contrato de *leasing*, sino que recurren a la autonomía de la voluntad material, por lo que habrá que plantearse los límites inherentes a la misma, gracias a la configuración del *leasing* como contrato de adhesión, en los que normalmente la aerolínea arrendataria tiene poco que decir<sup>15</sup>. En consecuencia, como se podrá comprobar en un contrato firmado entre Airbus y American Airlines, en el mismo documento se recoge un acuerdo de compraventa y de *leasing*, de manera que en una de las *letter of agreement*, se fijan las

<sup>12</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 17.

<sup>13</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 25.

<sup>14</sup> Pero además dentro del *leasing* internacional, en concreto para el *leasing* a la importación y a la exportación (entre Estados de la Unión Europea y terceros Estados), cada Estado ha desarrollado sus propias normas de Derecho administrativo y que en el caso de España ha llevado por ejemplo a elaborar su propia normativa de inversiones extranjeras, así como de pagos y cobros al exterior (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 21 y pp. 57-62).

<sup>15</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 15-16.

cláusulas del contrato de *leasing*, con lo cual estarían formando un “*ensemble conventionnel complexe*” o un megacontrato, donde se están adquiriendo aeronaves, concretamente de la familia A320, no sólo a través de la compraventa, sino a través del *leasing*<sup>16</sup>.

Sin embargo, la tendencia por parte de los juristas de la Unión Europea ha estado en tipificar los contratos de *leasing*, lo cual no ha sido fácil porque la doctrina ha tendido a identificar una operación bastante compleja con distintos sectores ya conocidos<sup>17</sup>. En definitiva se trata de un problema de calificación tanto desde el punto de vista del Derecho material, como del Derecho internacional privado.

Todo lo anterior tiene como consecuencia la dificultad de determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable cuando se plantea un litigio derivado de los contratos de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles.

7. Por lo tanto, primero se van tratar los tipos de *leasing* de aeronaves, desde un punto de vista económico, sobre todo aquéllos de carácter internacional, lo cual se ha considerado relevante para poder después entender los tipos de contratos asociados con cada tipo de *leasing* internacional de aeronaves.

## II. El *leasing* como forma de financiación de las aeronaves: Conceptos económicos y contables

8. De todas las maneras con las que cuenta una aerolínea para financiar su flota, el *leasing* de aeronaves sigue siendo la más importante. Tradicionalmente, el *leasing* ha sido un medio de conseguir “*off-balance sheet financing*” –que viene a significar en castellano, llevar la financiación fuera del balance de situación- y “*tax benefit transfers*” –que viene a traducirse en castellano como transferencia de beneficios fiscales-. Esto permitía a los arrendatarios financiar el equipamiento esencial para llevar a cabo un tamaño de flota de aeronaves óptimo y hacerlo a un menor coste que a través de los préstamos convencionales.

Sin embargo, los beneficios financieros del *leasing* han disminuido considerablemente desde que apareciera el *leasing* hace cuarenta años, pasando por el desarrollo de las complicadas estructuras de *leasing* hasta llegar a la actualidad. Durante este período el *leasing* ha sido el más importante y controvertido instrumento de financiación en general para todo tipo de equipamiento, pero más concretamente para las aeronaves, permaneciendo como uno de los métodos más efectivos de financiación de equipo móvil.

9. Antes de analizar los tipos de *leasing*, se van a explicar tres términos económicos y contables que van a servir para entender mejor el auge del *leasing*, tanto como forma de financiación para la adquisición, como para el uso y disfrute de la aeronave en el caso de no adquirirla finalmente al terminar el período de *leasing*: el “*off-balance sheet financing*”, la depreciación y el valor tiempo del dinero (“*time value of money*”).

### 1. “Off-balance sheet financing”

10. El “*off-balance sheet financing*” es el concepto utilizado en derecho para definir la forma de convertir un préstamo o una garantía en una transacción comercial, sin modificar su efecto como transacción financiera aunque sustancialmente sea económica<sup>18</sup>. Dicho “*off-balance sheet financing*” fundamentalmente se utiliza por diversas razones. En primer lugar, en la contabilidad que llevan a cabo las sociedades, es decir las aerolíneas, una obligación comercial no se tiene que reflejar dentro de las obligaciones en el Balance de Situación, como si se tratara de un préstamo, de manera que se consigue mejorar aparentemente la situación de la aerolínea en cuanto a las obligaciones que debe cumplir. Por

<sup>16</sup> Sobre las *letter of intent* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 19-46.

<sup>17</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 25.

<sup>18</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 105.

ejemplo, el valor del equipamiento y de las obligaciones derivadas de un *operating lease* no se refleja en el Balance de Situación y por lo tanto, mejora la apariencia del arrendatario en cuanto a liquidez, rentabilidad y solvencia. Sin embargo, en un *capital lease* las obligaciones son anotadas en el Balance de Situación como deuda.

Por otro lado, en el caso de que existan limitaciones a préstamos u otras garantías por parte de patrocinadores en el caso de corporaciones públicas ya sean estatales o municipales, puede ser contraproducente si las obligaciones se incluyen como un préstamo directo o si el deudor fuese a garantizar dicha obligación. Sin embargo, este problema se solucionaría si se reflejase como una transacción comercial.

Los “*capitalized leases*” (derivados de un *capital lease*) pueden atraer impuestos anuales al capital u otros tipos de impuestos en algunos Estados, mientras que esto no sucede en el caso de tratarse de los *operating leases*.

**11.** Por lo tanto, el *leasing* es la forma más común de “*off-balance sheet financing*”. Como se podrá comprobar, existen dos tipos de *leasing* que son el *operating lease* y el *capital lease*<sup>19</sup>.

Un *capital lease* es realmente una financiación, en la que el arrendatario está en posesión de la aeronave arrendada durante un tiempo, al final del cual es muy probable que se convierta en propietario de dicho bien. Durante ese tiempo, el arrendatario asume todos los riesgos y beneficios de un propietario, pero el arrendador mantiene la titularidad del bien y recibe una cuota por el alquiler, que incluye la amortización del capital o coste de recuperación del capital más los intereses. Además, no se paga todo el coste del capital a través de las cuotas durante el período de tiempo que dura el *capital lease*, sino que al final del mismo se debe realizar un pago único para adquirir la titularidad del bien, siendo ésta una opción para el arrendatario, que puede elegir no comprarlo finalmente. En este sentido, el *capital lease* es un contrato de venta condicional (“*conditional sale agreement*”), salvo cuando no existe una obligación legal por parte del arrendatario de comprar la aeronave cuando termina el *leasing*. Desde el punto de vista contable, la aeronave sujeta al *capital lease* es registrada como un activo en la contabilidad del arrendatario, mientras que las obligaciones del alquiler son capitalizadas como deuda. Por parte del arrendador de la aeronave, las cuotas del arrendamiento que le debe pagar el arrendatario serán contabilizadas como un préstamo reembolsable.

Cuando se trata de una verdadero *operating lease*, no se espera que el arrendatario se convierta en el propietario de la aeronave arrendada, la cual será devuelta al arrendador una vez finalizado el período del *leasing*. El valor de la aeronave será contabilizado como un activo para el arrendador, mientras que los pagos del alquiler serán reflejados como un ingreso para el arrendador y un gasto para el arrendatario. Por lo tanto, en el caso del *operating lease* ni la aeronave como activo, ni las obligaciones de pago con respecto a dicho activo, aparecen reflejadas en el Balance de Situación del arrendatario. En consecuencia, la aeronave puede ser alquilada a diversos arrendatarios durante la vida útil de la misma.

**12.** Por lo tanto, el objetivo de todas las partes que intervienen en las operaciones de adquisición o de utilización de las aeronaves es que las transacciones sobre las mismas, se reflejen fuera del Balance de Situación.

Por un lado, pueden darse situaciones de arrendamientos a corto plazo sin opción a compra, como es el caso de un *leasing* que dura unas pocas semanas o meses, o bien porque la aeronave de una aerolínea está en tierra por alguna avería (“*aircraft on ground – AOG*”), o bien porque existen picos de tráfico aéreo. En estos casos, se trata claramente de gastos de alquiler y deben ser contabilizados como tales, tratándose claramente de *operating leases*.

Por otro lado, pueden darse casos de aparente “*full payout leases*” –que es un tipo de *capital lease*- donde la opción de compra sobre la aeronave por la deuda no amortizada no se haya actualizado por el valor actual del mercado. En teoría, cuando el arrendatario ejercita su opción de compra, ésta debe realizarse por el valor de mercado en ese momento, siendo un requisito imprescindible para que sea considerado un *capital lease*. Así que desde el comienzo de la operación la parte no amortizada del coste de la aeronave por parte de la empresa de *leasing* se calcula teniendo en cuenta el pago estimado deseado.

<sup>19</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 106.

Por lo que un tasador conocido por las partes certificará que el valor justo de mercado al término del *leasing* está dentro de un intervalo numérico, que incluirá el coste no amortizado de la aeronave. En los casos en los que el valor solicitado no se encuentra dentro del rango fijado por el tasador, se manipula la cantidad mediante la aplicación de ciertos requisitos preestablecidos, tales como un número máximo de ciclos y horas que deben realizar separadamente tanto la célula de la aeronave como los motores, o como el tiempo mínimo que queda hasta la próxima revisión obligatoria o mantenimiento de la aeronave<sup>20</sup>.

En esta misma línea, cuando la empresa de *leasing* no quiere asumir el riesgo residual al final de la operación de *leasing*, las transacciones se organizan para que la aerolínea indemnice al propietario por cualquier deficiencia en la aeronave. En algunas jurisdicciones, este deterioro puede ser justificado con el argumento de que ha habido un inadecuado mantenimiento de la aeronave durante el *leasing* por parte del arrendatario, es decir la aerolínea.

Por lo tanto, entre estos dos ejemplos citados, uno de *operating lease* y otro de *capital lease*, no existe una distinción clara entre lo que debe ser considerado como una operación de *leasing* verdaderamente fuera del balance de situación y aquella que debería ser capitalizada en el balance de situación de la aerolínea.

En este sentido, en países como Estados Unidos o Inglaterra los auditores supervisan estrictamente las normas de contabilidad, mientras que en otros Estados las normas son más flexibles como es en el caso de España u otros países de la Unión Europea o incluso otros países en los que rige el *Common Law*. Esto puede deberse a que el *leasing* es de origen anglosajón y las normas contables están más desarrolladas en este sentido, aunque la Unión Europea -como se podrá comprobar- ha adoptado las normas contables internacionales en materia de *leasing* -IAS 17-, para lograr la uniformidad en tales aspectos, entre los Estados que las adoptan. Pero volviendo a las jurisdicciones de Estados Unidos e Inglaterra, por ejemplo cuando surgieron los *Japanese Leveraged Leases (JLL)* –que también se verá al tratar los tipos de *leasing*- se requería que interviniese una sociedad de *leasing* (*operating lessor*). Así que, los arrendadores solicitaron que fuera tratada dicha operación como un verdadero “*full payout lease*”, en el cual el arrendatario era el responsable de indemnizar al arrendador por cualquier exposición residual a la finalización del *leasing*. Por lo que, dicha indemnización se tuvo que justificar con la falta de mantenimiento de la aeronave y satisfacer así a la Asociación del *Leasing* de Japón (*Japan Leasing Association*), que fijaba un conjunto de reglas para que tales transacciones fueran consideradas *JLL*, con el fin de beneficiarse de dichas estructuras, tanto los arrendadores como las aerolíneas<sup>21</sup>.

## 2. Depreciación

**13.** La depreciación es la disminución del valor de un activo fijo, en nuestro caso las aeronaves, debido a su desgaste y rotura por el uso y el paso del tiempo. También pueden sufrir una bajada de su valor a causa de la obsolescencia, porque se realicen nuevas invenciones y más avances técnicos, que provoquen que algunas de las partes o componentes de las aeronaves vayan quedando obsoletas o en incluso en ocasiones las aeronaves completas<sup>22</sup>.

*Ad. ex.* si la vida útil de una aeronave es de cincuenta años y si se realiza una amortización constante o lineal de la aeronave, habrá que dividir el valor de la aeronave entre cincuenta y el importe

<sup>20</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 107.

<sup>21</sup> En las cláusulas que se incluyen en las operaciones de *Japanese Leveraged Leases (JLL)* se especifica una vez finalizado el período de *leasing*, cómo se aplican las ganancias de la venta neta de la aeronave a las distintas partidas, con un orden de prioridad establecido para su contabilidad (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 108-109).

<sup>22</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 109. Lo más común es que la obsolescencia se produzca en las partes o componentes de las aeronaves, pues es menos habitual que una aeronave completa se quede obsoleta, aunque también puede suceder de manera excepcional. *Ad. ex.* este es el caso del Concorde, que aunque fue pionero en cuanto a tecnología cuando salió al mercado, tuvo que ser retirado de la actividad comercial porque se había quedado anticuado, siendo muy costoso su mantenimiento. Todo esto sin mencionar el elevado precio que suponía para los cientos viajar en un avión supersónico como era el Concorde, aunque se justificaba con el hecho de que tardaba la mitad del tiempo que un avión convencional.

resultante, se tendrá que contabilizar como gasto cada año, de manera que reduzca las ganancias o ingresos producidos por la actividad comercial de la aeronave, para la aerolínea. Dicha depreciación se refleja en la cuenta de pérdidas y ganancias, de manera que se reduce la estimación de la base impositiva, lo cual provoca un beneficio para la compañía porque tiene que pagar menos impuestos. Por lo tanto, la depreciación no supone una salida de caja, pero representa una reducción del valor de los activos fijos de la compañía aérea, que debe tenerse en cuenta para preparar el posible reemplazamiento de dicha aeronave.

**14.** La depreciación, al ser una bajada o pérdida de valor de los activos fijos, puede ser causada por una variedad de factores, tales como el deterioro físico, la acción del mercado y la obsolescencia. Pero esta depreciación puede ser controlada en cierto modo, por el mantenimiento y las reparaciones, así como el recambio de las partes en el tiempo adecuado. Aunque el mantenimiento y la reparación deben realizarse constantemente sobre la maquinaria, el equipamiento y otros activos fijos en cualquier negocio, en la industria aeronáutica estas actividades se vuelven muy complejas, ya que por razones de seguridad, las aeronaves deben ser mantenidas y reparadas de acuerdo con unos standards establecidos muy rigurosos por la regulación existente en dicha materia.

En cuanto al recambio de las partes y componentes dentro del programa de mantenimiento de la aeronave que llevan a cabo las aerolíneas, las partes son reemplazadas en el tiempo programado aunque todavía sigan funcionando. Con estas políticas y procedimientos se pretende que la aeronave mantenga un valor alto. En teoría, si el coste del componente o de la parte reemplazada es mayor que el valor depreciado de la pieza original, dicho exceso debe ser capitalizado. Por esta razón, el balance de dicho gasto debe ser contabilizado en el período corriente en el que se realiza y el importe capitalizado debe llevarse contra los futuros gastos de depreciación<sup>23</sup>. Sin embargo, cuando se trata de grandes aerolíneas que están constantemente reemplazando partes y componentes gastados, lo habitual es que estas salidas se contabilicen como gastos corrientes, porque llevar a cabo una contabilidad tan estricta les supone un gran gasto de tiempo y dinero, que no están dispuestas a asumir.

**15.** Respecto de los métodos de depreciación, se debe señalar que en primer lugar varían de un Estado a otro y en segundo lugar, también difieren entre las distintas aerolíneas respecto de sus activos. Así pues, se puede afirmar que no existe una uniformidad en cuanto al número de años y porcentaje de la depreciación, lo cual ha llevado a casos opuestos en cuanto a los métodos de amortización utilizados.

Por un lado, la amortización del activo se puede realizar en el primer año en el que se adquiere el bien, o por otro lado, se puede realizar a lo largo de la vida útil del bien. En el primer extremo, se encuentran los bienes que no son muy caros tales como herramientas o piezas de recambio, y que no se reflejan en el balance de situación como activos sino que son considerados gastos, por lo que estarían dentro de la cuenta de pérdidas y ganancias. En el otro extremo, es evidente que en el caso de las aeronaves o las mejoras a propiedades arrendadas (*“leasehold improvements”*) –de aeronaves en nuestro caso-, se trata de activos que van a ser utilizados durante varios años, por lo que la depreciación se debe llevar a cabo a lo largo de dicho período. Estos bienes se reflejan en el balance de situación como activos, porque si no se realizara así, las partes interesadas como los accionistas, los acreedores, las autoridades reguladoras, tales como las comisiones del mercado de valores y evidentemente, los recaudadores de impuestos, no obtendrían una visión real de la fortaleza financiera de la compañía<sup>24</sup>.

Para que los jefes de los departamentos financieros de las aerolíneas consigan un reflejo exacto de la situación financiera de la aerolínea se deben contemplar los dos extremos, para contabilizar por un lado, las herramientas y repuestos de la aeronave y por otro lado, la aeronave. Sin embargo, esto no es una tarea sencilla puesto que mientras que los expertos en contabilidad quieren ser lo más rigurosos posibles, los directores de las compañías aéreas no tienen este propósito. Es más, cada director tiene sus

<sup>23</sup> T.-A. ROLF, “Taxing de CEO’s Jet: Federal Taxation of Corporate and Private Aircraft Ownership and Operations”, *The Journal of Air Law and Commerce*, volume 66, Fall 2001, pp. 1626-1629.

<sup>24</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 111.

propios objetivos cuando presenta los Estados financieros de la aerolínea. Si el director quiere conseguir aumentar el capital o la financiación, quiere que el balance de situación muestre un patrimonio neto lo más grande posible, así como una rentabilidad elevada por los beneficios. Pero por otro lado, el director quiere que el balance de la empresa refleje pocos beneficios para evitar pagar impuestos y que además muestre pocos activos para no pagar impuestos sobre el patrimonio personal. De manera que se realizan dos planteamientos de los Estados financieros, uno para reportar a los accionistas, y el otro para el departamento que realiza los impuestos, e incluso en ocasiones, un tercero para los bancos. Esto no tiene por qué ser ilegal si las diferencias son lícitas y conocidas.

En principio cada aerolínea decide cómo realizar la amortización de sus aeronaves, por lo existen diferencias entre las políticas contables de las aerolíneas, lo cual tiene un efecto importante en sus resultados anuales. *Ad. ex.* una aerolínea puede decidir adoptar una política contable en la que la amortización es de un 10% durante catorce años de manera constante. Sin embargo, aunque ese número de años puede ser normal en otras industrias, no tiene mucho sentido cuando se trata de bienes, las aeronaves, con una vida útil de veinticinco años o más. Existen aerolíneas que todavía reducen más el número de años de depreciación respecto de la vida útil de las aeronaves, fijándola en diez o doce años. O incluso determinadas aerolíneas van cambiando su política de depreciación para adaptarse a los requerimientos contables, según va pasando el tiempo. *Ad. ex.* una aerolínea en un primer momento puede decidir amortizar una aeronave a una tasa constante durante ocho años, pero a partir de una determinada fecha puede cambiar su política de amortización, y aumentar así el tiempo de amortización de la aeronave a quince años, reduciendo la tasa de amortización a la mitad.

Las políticas de amortización que lleven a cabo las aerolíneas sobre sus aeronaves deben fijarse teniendo en cuenta que se enmarcan dentro del ordenamiento jurídico de un determinado Estado, cuyas normas contables y fiscales deben cumplirse. El tratamiento de la depreciación en cuanto a la contabilidad es generalmente diferente de su tratamiento a efectos fiscales. Sin embargo, con el objetivo de minimizar el pago de impuestos, las empresas tienden a establecer una política de amortización para minimizar el pago de impuestos. Así que, mientras que en algunas jurisdicciones como la de Estados Unidos la amortización a efectos fiscales debe realizarse en los años señalados o en aquellos años en los que ha habido pérdidas; en otras jurisdicciones como Canadá, la amortización puede llevarse a cabo también cuando es ventajosa y sin establecer un límite de años; o en otras como es el caso de España, existe un límite de años para realizar la depreciación, según el tipo de bien independientemente de si la empresa arroja beneficios o pérdidas.

Los métodos de amortización más comunes que existen y que son reconocidos a nivel internacional para aquellos bienes objeto de amortización, y en concreto para las aeronaves son dos, el método lineal o constante (“*straight-line method*”) y el método del balance decreciente (“*declining balance method*” o “*reducing balance method*”) <sup>25</sup>.

**16.** El método lineal o constante consiste en amortizar el bien como su propio nombre indica mediante unas cuotas constantes, que resultan de aplicar una tasa constante al valor del bien objeto de amortización. Esta tasa se calculará en función de la vida útil del bien, de manera que si la vida útil es 10 años el porcentaje de amortización será del 10%, mientras que si la vida útil es de 25 años, dicho porcentaje será del 4%. Los gastos de amortización se contabilizan cada año como gasto y se llevan contra el valor del bien reflejado como activo en el Balance de Situación, de manera que al final del período de amortización el valor del activo es cero.

Aunque se ha explicado este método de amortización, es más apropiado para edificios, y no tanto para aeronaves <sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Aunque estos métodos son los comunes a la mayoría de Estados, existen otros métodos de amortización.

<sup>26</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 112. También denominado en España como método del tanto fijo sobre una base amortizable decreciente o método de cuotas decrecientes o degresivas. *Vid.* en la normativa fiscal española, la amortización según tablas de amortización oficialmente aprobadas –a su vez establecidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades–, recogida en el art. 4 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 165, 11 julio 2015.

17. El método del balance decreciente, es el que se considera apropiado para instalaciones y maquinaria, por lo que también es el sistema de amortización adecuado para las aeronaves<sup>27</sup>.

Por este método, el coste del activo es amortizado por un porcentaje standard cada año de su esperada o normal vida útil. Así que el valor del activo pendiente de amortizar va cayendo cada año, con lo cual las cantidades de amortización permitidas por este método son mayores en los primeros años de la vida de la aeronave que en los últimos. Por eso a este sistema también se le conoce como el método de la amortización acelerada, llegando a veces a suponer una amortización mayor que la depreciación real del bien.

Este método viene a corregir algunas de las situaciones que se producían con el método anterior, ya que incide con mayor intensidad en los primeros años de la vida del bien, que suelen ser los años de mayor eficiencia económica del activo, frente a los últimos años, en los que la depreciación es menor, coincidiendo con los años de menor eficiencia económica del bien. Además, con este método es importante señalar que permite recuperar la mayor parte de la inversión a un valor actual superior.

18. Como ya se ha adelantado, el tratamiento de la depreciación a nivel contable es diferente de los porcentajes propuestos de amortización, en la mayoría de los Estados, sobre todo a partir del nacimiento de disposiciones que establecen una serie de tablas con los coeficientes propuestos de amortización y que han ido desarrollando los Estados a través de su normativa fiscal<sup>28</sup>.

La amortización en un principio estaba relacionada con el uso y el deterioro de los activos utilizados para obtener ingresos, donde el único método de amortización que existía era el método lineal o contante, por el cual una cantidad fija era deducida cada año por la depreciación durante la vida útil del bien hasta que se cubría el coste original del activo<sup>29</sup>. Posteriormente, a raíz de la introducción del método del balance decreciente (“*diminishing balance method*”), la amortización no dependía necesariamente del uso, ni del deterioro del activo, estableciéndose en materia fiscal tablas con coeficientes máximos de amortización para distintos tipos de activos, aplicados al coste del activo pendiente de amortizar al finalizar el año fiscal<sup>30</sup>.

Por lo tanto, en la mayoría de las normativas fiscales de los Estados, los coeficientes de amortización propuestos están recogidos a través de tablas de amortización aplicables a diferentes tipos de bien<sup>31</sup>. Inicialmente, los gobiernos comenzaron a utilizar estas tablas como herramienta política y económica para incentivar la inversión en bienes de equipo, que tenían una vida útil media de veinte años y en las que se fijaba un coeficiente propuesto de amortización de al menos el 50% por año o incluso del 100%. *Ad. ex.* en Inglaterra en 1984, el coeficiente de amortización para las aeronaves era del 100%, lo cual provocaba que las empresas interesadas financiaran su compra porque resultaba muy lucrativa, dando lugar al crecimiento de las sociedades de *leasing*<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 112. *Vid.* en la normativa fiscal española, la amortización según porcentaje constante, recogida en el art. 5 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 165, 11 julio 2015.

<sup>28</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 113.

<sup>29</sup> Esta situación que fue generalizada en diferentes Estados, en Canadá concretamente se produjo cuando se desarrolló la primera legislación nacional sobre impuestos sobre la renta recogida en el *Dominion Income War Tax Act* o *Tax War Act*, en vigor hasta el año 1949.

<sup>30</sup> Siguiendo con el ejemplo de Canadá, en 1949 el *Dominion Income War Tax Act* o *Tax War Act* fue reemplazado por el *Income Tax Act*, que estableció un coeficiente máximo de amortización para cuarenta y cuatro tipos de activos, por el método del balance decreciente (“*diminishing balance method*”), que se aplicaba al valor del bien no amortizado.

<sup>31</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 114. *Vid.* en la normativa fiscal española, la tabla con los coeficientes de amortización del art. 12 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 288, 28 noviembre 2014). En dicha tabla se establece para las aeronaves, un período máximo de amortización de 20 años, y un coeficiente lineal máximo del 10%, en base al cual se calcula el porcentaje de amortización aplicable, para el método de amortización según porcentaje constante, que equivale contablemente al método del balance decreciente (“*diminishing balance method*”).

<sup>32</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 114-116. En dicho texto se recoge un ejemplo de una amortización por parte de una sociedad de *leasing*, de un equipo que adquiere a 1000 \$ y que financia a un interés del 8% durante diez años, mientras que por otro lado lo alquila a un arrendatario por el que obtiene un alquiler de 132 \$ por año durante el mismo período (diez años) y al finalizar el contrato de alquiler lo vende por 200 \$. Pues bien, si se tiene en cuenta que el coeficiente de amortización propuesto es del 25% sobre la base decreciente del balance y que

19. A finales de los años 70 y comienzo de los 80, se producían situaciones paradójicas cuando se trataba de contratos de *leasing* entre un arrendador y un arrendatario con residencia en distintos Estados, que tenían a su vez diferentes sistemas impositivos para el *leasing*. Pues bien, podía ocurrir que las administraciones tributarias de los dos Estados correspondientes al arrendador y al arrendatario, les considerasen verdaderos propietarios respectivamente, cuando en dicha operación comercial sólo podía y puede existir un propietario que se desgrave fiscalmente de dicho bien: por un lado, las autoridades tributarias del Estado del arrendador, le consideraban el propietario en el *leasing*, pues se trataba de un arrendamiento operativo; mientras que las autoridades fiscales del Estado del arrendatario, estimaban que él era el propietario, porque se trataba de un *leasing* próximo a una venta condicional. Esta operación era conocida como doble desgravación (“*double-dip*”) puesto que las dos partes a través del *leasing* podían obtener las ventajas fiscales como propietarios del mismo activo y cada uno por su parte podía realizar la amortización sobre el mismo bien en distintos países<sup>33</sup>.

En el Reino Unido entre los años 1980 y 1981, se incrementó el volumen de contratos de *leasing* internacional por parte de arrendadores del Reino Unido con respecto a arrendatarios de Estados Unidos con este doble sistema de desgravación fiscal<sup>34</sup>. Por un lado, los arrendatarios permanecían como titulares del bien, por lo que realizaban la amortización del bien y recibían otra serie de incentivos fiscales en Estados Unidos, pues dicha operación era considerada como una venta condicional. Por otro lado, el arrendador también veía reducidos los ingresos recibidos por los alquileres como consecuencia de que también realizaba la amortización sobre el mismo bien en el Reino Unido, pagando menos impuestos sobre beneficios. Así que las dos partes, arrendador y arrendatario, se beneficiaban de desgravaciones fiscales en sus respectivos Estados como propietarios del equipo alquilado, gracias a los impuestos sobre la renta vigentes en ese momento. En el Reino Unido, existía un tipo privilegiado del 100% inicial de la inversión que podía desgravarse, mientras que en Estados Unidos recibían el beneficio del crédito fiscal a la inversión (“*ITC - Investment Tax Credit*”), así como la amortización acelerada (“*ACRS - accelerated depreciation*”)<sup>35</sup>. Pero a partir de que las aerolíneas estadounidenses comenzaron a no tener capacidad impositiva para obtener los beneficios inmediatos del crédito fiscal a la inversión, así como de la amortización acelerada, las compañías de *leasing* de Estados Unidos que operaban bajo las facilidades del Reino Unido, decidieron subalquilar los aviones a las aerolíneas de Estados Unidos bajo la forma de verdaderos arrendamientos financieros.

Las oportunidades ofrecidas por la doble desgravación (“*double-dip*”) no se prolongaron durante mucho tiempo fuera del Reino Unido<sup>36</sup>. A raíz de las conclusiones de los primeros acuerdos y las des-

---

los impuestos sobre beneficios son del 50%, la empresa de *leasing*, ha ganado 40 \$ tras vender el equipo en 200 \$ y ha pagado impuestos sobre sociedades de otros 40 \$. Pero lo importante del ejemplo y que se refleja en la tabla que se adjunta es la utilidad de la amortización, en este caso a través del método del balance decreciente (“*diminishing balance method*”), para las sociedades de *leasing*, puesto que en los primeros cuatro años se produce la recuperación de la inversión a través de la amortización del bien. Todo ello sin tener en cuenta el beneficio del exceso de amortización que disminuye los ingresos recibidos de otras fuentes como ocurre en los primeros cuatro años, con lo cual se pagan menos impuestos.

<sup>33</sup> R. APGOOD, “Dipping into Cross-Border Deals”, *Asset Finance & Leasing Digest*, June, 1991, pp. 41-42.

<sup>34</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 117.

<sup>35</sup> Por un lado, el crédito fiscal a la inversión es un incentivo fiscal especialmente diseñado para estimular la inversión en capital, siendo fundamental en las operaciones de “*leveraged leasing*”, ya que proporciona una reducción casi inmediata en el coste del activo y el capital invertido del arrendador (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 288-289). Por definirlo de otra manera y específicamente para España, a través del crédito fiscal a la inversión, la empresa puede llevar dicho importe contra la cuota del Impuesto de Sociedades durante un determinado número de años, de manera que se reduce la carga impositiva y mejora la liquidez de dicha empresa para acometer futuros proyectos de inversión. Su utilización ha sido intensiva desde la Segunda Guerra Mundial y hasta la década de los ochenta en la mayor parte de los países desarrollados y en particular, cuenta con antecedentes en países como Holanda donde se introdujo en 1954, en Luxemburgo en 1959, en Estados Unidos en 1962, en Francia en 1966, y en España, mediante el Decreto-ley de 1 de diciembre de 1971, se introdujo en 1972 el llamado “Apoyo Fiscal a la Inversión” (D.-R. JORDÁN, “Crédito fiscal a la inversión en el Impuesto de Sociedades y neutralidad impositiva: más evidencia para un viejo debate”, Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, n° 1, 2000, p. 7, disponible en línea en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/papeles\\_trabajo/2000\\_01.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/papeles_trabajo/2000_01.pdf) (consultado el 25 de marzo de 2014)). Por otro lado, la amortización acelerada se produce como consecuencia de la utilización del método de amortización del balance decreciente (“*reducing balance method*”) que ya ha sido tratado anteriormente y que provoca que la mayor parte de la amortización del bien se realice en los primeros años de la vida útil del activo, llegando a ser del 50% o incluso del 100% el coeficiente de amortización propuesto por los gobiernos.

<sup>36</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 117.

cripciones técnicas en diversas revistas comerciales, las autoridades valoraron la posibilidad de eliminar tales transacciones cuando no había un beneficio económico directo para la economía del Reino Unido. Así que posteriormente el Reino Unido introdujo medidas que eliminaban el *leasing* internacional en el Reino Unido en 1982<sup>37</sup>. A continuación, Estados Unidos eliminó en 1984 los recursos para los beneficios fiscales a la exportación desde Estados Unidos<sup>38</sup>.

### 3. El valor tiempo del dinero

**20.** Uno de los conceptos básicos en finanzas, que es fundamental para entender el *leasing*, es el hecho de que el dinero tiene un valor en el tiempo, el cual varía por la oportunidad de invertir el dinero recibido en una fecha temprana al tipo de interés existente. Por lo tanto, el dinero recibido en el futuro, teniendo en cuenta además que puede que el dinero nunca sea reembolsado, tiene menos valor que el dinero recibido inmediatamente o en una fecha próxima. Así que el procedimiento para determinar la cantidad que va a ser recibida en una fecha temprana tiene que ser igual que la cantidad que será recibida en una fecha futura corregida por un factor de descuento, el cual involucra al concepto de interés compuesto utilizado en los préstamos<sup>39</sup>.

El concepto de interés compuesto significa que cuando una cantidad de dinero es invertida, también se obtiene un interés durante el tiempo en que el dinero está invertido. Durante los períodos siguientes de la inversión, el interés que se obtiene no sólo corresponde al capital original de la inversión, sino también del interés acumulado durante los períodos anteriores. *Ad. ex.* una cantidad de 1000 \$ americanos invertidos al 8% de interés compuesto anualmente, resultaría en un incremento de 80 \$ que representa el interés ganado durante un año. Y si el principal junto con los intereses generados, esto es 1080 \$, son invertidos otro año a la misma tasa, la cantidad total disponible para la reinversión será al final del segundo año de 1166,40 \$<sup>40</sup>.

**21.** Es necesario comprender el significado del valor actual del dinero, puesto que cuando se analicen los tipos de *leasing* se recurrirá a dicho concepto con frecuencia.

Por otro lado, conocer el valor actual del dinero, es importante para que las sociedades de *leasing* o posibles inversores puedan determinar si les sigue interesando invertir su dinero en la financiación de aeronaves como hasta ahora, sobre todo por las desgravaciones fiscales citadas anteriormente; o bien les interesa emplear sus rentas en otros proyectos o productos financieros porque obtienen una rentabilidad mayor, que las conseguidas en el momento actual con la inversión en la industria aeronáutica. Y así poder afirmar que el *leasing* va a seguir siendo la forma más importante de financiación de las aeronaves.

### III. Tipos de *leasing* de aeronaves

**22.** Existen muchos tipos de *leasing* de aeronaves, que han sido descritos de forma distinta por diferentes autores, aunque coincidan en distinguir los dos tipos principales de *leasing*: *capital lease* y *operating lease*. Para empezar, existen diferencias en cuanto a la denominación de los tipos de *leasing* entre los distintos Estados.

El tipo de *leasing* utilizado para cualquier transacción depende de los intereses de cada una de las partes, el arrendador y el arrendatario y de sus circunstancias. Del simple concepto de *leasing* que definíamos en la introducción, han surgido un amplio rango de descripciones y definiciones que resultan de tratamientos e interpretaciones legales, como consecuencia de la clasificación de los tipos de *leasing* a efectos fiscales, a efectos contables, en relación con la legislación en el mercado de valores, en virtud

<sup>37</sup> S. HOYLE, "The Scope for Double-Dipping into the UK", *Aircraft Leasing*, July 1990, p. 15.

<sup>38</sup> J.-B. BRADY JR., "Documenting "Ownership" in Dual Characterisation Leases", *Airfinance Journal*, June 1988, p. 49.

<sup>39</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 118.

<sup>40</sup> La fórmula del Valor Futuro (VF) es  $FV = VA \cdot (1 + i)^n$ , mientras que la fórmula del Valor Actual (VA) es  $VA = FV / (1 + i)^n$ , siendo  $i$  el tipo de interés y  $n$  el número de períodos o años.

de las regulaciones bancarias, por los estatutos de usura y por las relaciones contractuales<sup>41</sup>. Estas clasificaciones sobre el *leasing* no sólo tienen distintos significados entre distintas jurisdicciones, sino de industria a industria. Así que tipos parecidos de *leasing* son denominados de diferentes maneras a causa de la percepción de cada una de las partes en cada caso particular. *Ad. ex.* en Canadá un *operating lease* puede ser denominado “*true lease*” o “*tax lease*”, y que aunque es evidente que estos tipos de *leasing* son en cierto modo “*tax leases*”, no es menos cierto que algunos tipos de *leasing* son denominados “*tax leases*” por las compañías o bancos a través del que se realiza el *leasing*, en virtud del cual dichas sociedades como arrendadoras tienen ventajas por la amortización. De acuerdo con este criterio, un *capital lease* debería estar englobado dentro de los “*tax leases*” por ofrecer ventajas por la amortización del bien, para el arrendatario y no para el arrendador. Por lo tanto, cómo sea denominado un *leasing* depende de cómo sea percibido y de quién esté llevando a cabo dicha percepción.

La principal influencia en la clasificación del *leasing* son la contabilidad y los impuestos. Antes de los años 70, en Estados Unidos y Canadá, arrendadores y arrendatarios trataban todos los tipos de *leasing* como *operating lease* cuando en realidad eran verdaderas compras. En los años 60, los arrendadores se habían dado cuenta de que podían realizar la amortización acelerada al equipo alquilado contra su base imponible y el arrendatario podía evitar capitalizar su deuda a través de contabilizar el *leasing* como un gasto. Estas prácticas distorsionaban el balance de situación real del arrendatario, pues lo mejoraba, mientras que el arrendador tenía que pagar menos impuestos, así que ambas partes se beneficiaban.

Sin embargo, esta situación no duró mucho, porque la SEC (*Securities and Exchange Commission*) y la IRS (*Internal Revenue Service*) en Estados Unidos y los organismos equivalentes en Canadá intervinieron para corregir estos abusos que se produjeron en las transacciones llevadas a cabo mediante *leasing*. Como se explicará a continuación, Estados Unidos y Canadá fueron los Estados que primero reaccionaron con una regulación contable para el *leasing*, pero le siguieron otros Estados como el Reino Unido, fijando sus propias normas contables para el *leasing*. Posteriormente surgieron normas internacionales de contabilidad en dicha materia, para que todos los Estados llegasen a utilizar los mismos criterios y se pudiese conseguir una unificación en la contabilidad del *leasing*, de manera que el mismo tipo de *leasing* en el que intervenían compañías de Estados distintos no fuese contabilizado de forma diferente en cada uno de ellos, con las consecuencias jurídicas que podrían derivar de esta falta de uniformidad. También a nivel impositivo, otros Estados como Alemania y Japón, siguiendo la línea impulsada por Estados Unidos y Canadá, empezaron a reducir las elevadas desgravaciones fiscales establecidas en los años 70 para incentivar la adquisición de bienes de equipo, como las aeronaves, a través del *leasing*.

**23. Regulación a nivel contable.** Así pues en 1972, la SEC preocupada de que se estuviese distorsionando la realidad de las compañías que no estaban capitalizando las operaciones de *leasing*, al no aparecer en el balance de situación de dichas empresas, siendo corporaciones públicas en ocasiones, presionó para que expertos en contabilidad fijaran criterios que determinaran si una operación de *leasing* era un *capital lease* o un *operating lease*. Por lo que, en 1976, finalmente el FASB (*Financial Accounting Standards Board*) en Estados Unidos estableció la normativa contable para el *leasing*, denominado FAS 13 (*Financial Accounting Standard 13*), *Accounting for Leases*, y que desarrollaba las directrices para la contabilidad del *leasing*, tanto para el arrendador como para el arrendatario, de hecho sus disposiciones esencialmente no han cambiado en la actualidad<sup>42</sup>.

Según el FAS 13, el *leasing* será considerado como un *capital leasing*, desde el punto de vista del arrendatario, cuando en un principio se cumplan al menos uno de estos cuatro criterios<sup>43</sup>:

<sup>41</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 184-185.

<sup>42</sup> El FASB es el Consejo de Normas de Contabilidad y de Finanzas, organismo responsable en Estados Unidos de establecer los Principios Contables Generalmente Aceptados para las empresas allí instaladas, incluyendo las empresas extranjeras que invierten sus fondos en el mercado de capitales de Estados Unidos (*GAAP – Generally Accepted Accounting Principles*). Mientras que el FAS 13, es la primera regulación sobre contabilidad de *leases* que fue promulgada por el FASB y que es conocido en la actualidad como *Topic 842* bajo la nueva Codificación de las Normas de Contabilidad (*ASC – Accounting Standards Codification*) del FASB, aunque también han recibido la denominación de *Topic 840*.

<sup>43</sup> Estos criterios coinciden exactamente con los establecidos a 1 de octubre de 1998 (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 186).

- A través del acuerdo del *leasing* se transfiere la titularidad de la propiedad al arrendatario al finalizar el período de *leasing*.
- El acuerdo de *leasing* contiene una opción de compra para el arrendatario.
- La duración del período de *leasing* tiene que ser igual o mayor al 75% de la vida útil de la propiedad alquilada. Sin embargo, si el inicio del período del *leasing* está dentro de ese último 25% del total de la vida económica estimada de la propiedad alquilada, incluyendo los primeros años de uso, este criterio no puede ser utilizado para clasificar el *leasing*.
- El valor presente al comienzo del período del *leasing* de las rentas mínimas pagadas por el *leasing* (excluyendo esa parte de los pagos que se corresponde con costes de seguros, mantenimiento e impuestos, pendientes de ser abonados por el arrendador, incluyendo cualquier beneficio relacionado), debe ser igual o mayor del 90% del valor de mercado razonable de la propiedad, teniendo en cuenta que dicho valor presente debe calcularse a una tasa de interés incremental del endeudamiento del arrendatario (que es la tasa en la que incurriría el arrendatario si tuviese que pedir prestados, en un plazo y con garantías similares, los fondos necesarios para comprar el activo), y excluyendo cualquier crédito fiscal a la inversión retenido por el arrendador y que se espera sea ejecutado o realizado por él<sup>44</sup>. Al igual que en el criterio anterior, si el inicio del período del *leasing* está dentro de ese último 25% del total de la vida económica estimada de la propiedad alquilada, incluyendo los primeros años de uso, este criterio no puede ser utilizado para clasificar el *leasing*.

El *FAS 13* establece que, desde el punto de vista del arrendador, si desde un principio, un *leasing* cumple con alguno de los cuatro criterios anteriores y además cumple con los dos criterios siguientes, será considerado como un “*sales-type lease*” o lo que es lo mismo un contrato de arrendamiento-compra, es decir que podría considerarse una compraventa; o bien como un “*direct financing lease*”, lo cual viene a significar que ese acuerdo de *leasing* se lleva a cabo a través de financiación claramente, así que sería un *capital lease*. En cualquier otro caso el acuerdo de *leasing* será clasificado como un *operating lease*. Los dos criterios que deben cumplirse son:

- Cuando el conjunto de los pagos mínimos del *leasing* sean fácilmente predecibles. En este sentido, un arrendador no estará exento de clasificar dicho *leasing* en las categorías antes mencionadas, porque sobre el bien exista la posibilidad de que no se puedan llevar a cabo los cobros, en base a experiencias con grupos similares de bienes a cobrar.
- Además, no puede haber grandes dudas sobre la cantidad no reembolsable de los costes en los que todavía no ha incurrido el arrendador por el *leasing*. Puede considerarse que existe mucha incertidumbre cuando las obligaciones para el arrendador de garantizar el rendimiento de la propiedad alquilada sean más amplias que la garantía típica del producto arrendado o cuando haya una protección efectiva del arrendatario sobre la obsolescencia del equipo alquilado. Sin embargo, los costes que se prevén que va a realizar el arrendador, tales como el seguro, el mantenimiento y los impuestos, no constituyen en sí mismos una duda o incertidumbre importante<sup>45</sup>.

**24.** A continuación en Canadá, en concreto en 1979, el *CICA* (*Canadian Institut of Chartered Accountants*) a través del *CICA Handbook* también estableció su propia regulación contable para el

<sup>44</sup> Sin embargo, desde el punto de vista del arrendador, éste contabilizará el valor presente de los pagos mínimos por el arrendamiento utilizando la tasa de interés implícita en el arrendamiento, que ya ha sido explicada al tratar el tema del valor tiempo del dinero. Mientras que el arrendatario calculará el valor presente de los pagos mínimos derivados del *leasing* mediante la tasa de interés incremental del endeudamiento del arrendatario arriba explicada, a menos que sea posible conocer la tasa de interés implícita contabilizada por el arrendador y dicha tasa de interés implícita sea menor que la tasa de interés incremental del endeudamiento. Así que si se cumplen estos dos últimos requisitos, el arrendatario usará la tasa de interés implícita y no la tasa de interés incremental del endeudamiento (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 186).

<sup>45</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 187.

*leasing*, que seguía las mismas directrices del *FAS 13*<sup>46</sup>. Posteriormente, en 1984 el Reino Unido adoptó sus propias normas contables sobre el *leasing* al desarrollar las *SSAP 21*, aunque no seguía las mismas directrices de las normas contables de Estados Unidos para distinguir el *capital lease* del *operating lease*, sino de las denominadas *IAS 17*, que se verán a continuación<sup>47</sup>.

Así que, después de las *FAS 13*, la normativa contable internacional más importante en materia de *leasing* son las denominadas *IAS 17 (International Accounting Standard 17), Leases*, creadas en 1982, son revisadas en la actualidad por el *IASB (International Accounting Standards Board)*, que es un organismo independiente del sector privado encargado de desarrollar y aprobar las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIFs, conocidas como *IFRS, International Financial Reporting Standards*, en inglés)<sup>48</sup>. Se trataba de crear normas internacionales de contabilidad en materia de *leasing*, para que todos los Estados llegasen a utilizar los mismos criterios y se pudiese conseguir una unificación en la contabilidad del *leasing*, de manera que el mismo tipo de *leasing* en el que intervienen compañías de Estados distintos no sea contabilizado de forma diferente en cada uno de los Estados. Pues esto generaba los problemas que ya se han señalado anteriormente como que las aeronaves no apareciesen correctamente en los Balances de las compañías, ya fuesen los fabricantes o las aerolíneas. También podía suceder que si posteriormente se planteaba algún problema y hubiese que recuperar la aeronave, todos querrían ejercer los derechos sobre la misma como propietarios, al no estar delimitados claramente los derechos y obligaciones de cada una de las partes.

Como las *FAS 13* ya han sido explicadas en detalle, se van a indicar las similitudes y diferencias de las *IAS 17* con respecto a la normativa contable estadounidense respecto de los arrendamientos o *leases*, es decir en relación a las *FAS 13*. Así pues, mientras en éste último se prefiere hablar de línea divisoria entre los dos tipos de *leasing*, en las *IAS 17* se hace referencia a que serán los hechos y circunstancias los que lleven a decidir de manera justificada qué tipo de *leasing* es el que se está realizando en la práctica<sup>49</sup>:

- La transferencia de la propiedad al finalizar el período de *leasing* y la opción de compra del *FAS 13* como dos de las condiciones posibles para que sea considerado como un *capital lease*, son también dos de los criterios que contempla el *IAS 17*, para que o bien individualmente o bien en combinación entre ellos o con otros requisitos sea tratado como un *finance lease*. En relación con esta diferencia de denominación, aclarar que mientras en el *FAS 13* se denomina *capital lease* a un *leasing* en el que se transfieren sustancialmente todos los riesgos y las ventajas asociadas con la propiedad, en el *IAS 17* es denominado *finance lease*. En consecuencia, un *capital lease* y un *finance lease* es lo mismo terminológicamente hablando, aunque su contenido difiere puesto que el primero al ser creado por el *FASB* ha establecido condiciones distintas que el *IASB*, que es el organismo que ha elaborado los requisitos para que un *leasing* sea considerado como un *finance lease*.

<sup>46</sup> El *CICA* es el Instituto Canadiense de Expertos Contables, que codificó el *leasing* en la Sección 3065 del *CICA Handbook*, que recoge la Guía o el Manual del *CICA*, con los mismos criterios establecidos por el *FASB* (D.-H. BUNKER, *The Law of Aerospace Finance in Canada*, Institute and Centre of Air and Space Law, McGill University, Montreal, 1988, p. 27).

<sup>47</sup> En concreto el 1 de julio de 1984 el Reino Unido desarrolló sus propias "*Lease Accounting Standard*" denominadas *SSAP 21* (R. AFGOOD, "Dipping into Cross-Border Deals", *Asset Finance & Leasing Digest*, June, 1991, pp. 41-42).

<sup>48</sup> El *IASB* es el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad, constituida en el año 2001 para sustituir al *IASC (International Accounting Standards Committee)* que es el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad. Por su lado, el *IASC* surge en 1973 y nace del acuerdo de los representantes de profesionales contables de varios países como son Alemania, Australia, Estados Unidos, Francia, Holanda, Irlanda, Japón, México y Reino Unido, para el desarrollo de una serie de normas contables que pudieran ser aceptadas y aplicadas en todos los países, con la finalidad de favorecer la armonización de los datos y su comparabilidad. Mientras que el *IAS 17* es la primera regulación sobre contabilidad de *leasing* que fue promulgada por el entonces *IASC* en septiembre de 1982, pero no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1984. Sobre las *IAS 17* se han realizado dos revisiones, una en 1997 y la otra en 2003, entrando en vigor esta última revisión el 1 de enero de 2005, aunque algunas modificaciones o mejoras que afectaban a esta revisión del 2003 realizadas en abril del 2009 no entraron en vigor hasta el 1 de enero de 2010, pero en lo fundamental y sobre todo, en lo que afecta al arrendamiento de aeronaves, las *IAS 17* no han sufrido grandes cambios con estas revisiones. Sólo a modo de aclaración, expresar que las normas *IASs*, en castellano denominadas *NICs*, es decir Normas Internacionales de Contabilidad, eran aprobadas por el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (*IASC*) -predecesor del *IASB*-, mientras que las normas *ISFRs*, que han sido mencionadas arriba, en castellano son denominadas *NIIFs* y se diferencian de las *IASs* ó *NICs* en que son una nueva serie numerada de Normas que emite en la actualidad el *IASB*.

<sup>49</sup> *Vid.* International Accounting Standards 17, *Leases*, disponible en línea en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/accounting/docs/consolidated/ias17\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/consolidated/ias17_en.pdf) (consultado el 7 de mayo de 2014).

- En el *FAS 13* se establece como tercero de los requisitos para que sea considerado un *leasing* como un *capital lease* que la duración del *leasing* suponga el 75% ó más de la vida económica del bien arrendado, como ya se ha visto. Sin embargo, el *IAS 17* no es tan rígido en este sentido y sólo señala que el plazo del arrendamiento tiene que cubrir la mayor parte de la vida económica del activo, aunque la propiedad no se transfiera al final de la operación de *leasing*, pero no fija un porcentaje concreto.
- El que figura en cuarto lugar como se ha indicado al tratar el *FAS 13*, que es que el valor presente de las rentas mínimas obtenidas por el *leasing* sea del 90% o más del valor razonable del bien arrendado, también difiere del requisito fijado por el *IAS 17*, que establece que el valor presente de los pagos mínimos por el arrendamiento sea al menos equivalente a la práctica totalidad del valor razonable del activo objeto de la operación. Como se puede comprobar de nuevo, en este requisito del *IAS 17* tampoco se establece un porcentaje exacto para delimitar de qué tipo de *leasing* se trata, sino que se está de nuevo ante una condición más flexible que la establecida por el *FAS 13*. Aclarar en este sentido, que bajo el *IAS 17* el factor de descuento que se va a utilizar para calcular el valor presente de los pagos mínimos obtenidos por el arrendamiento, es la tasa implícita en dicho *leasing* y sólo si no fuera posible determinarla, habría que acudir a la tasa de interés incremental de los préstamos del arrendatario. Mientras que bajo el *FAS 13*, como ya se ha visto al estudiar estas normas, es a la inversa, el arrendatario calculará el valor presente de los pagos mínimos derivados del *leasing* mediante la tasa de interés incremental del endeudamiento del arrendatario, a menos que sea posible conocer la tasa de interés implícita contabilizada por el arrendador y dicha tasa de interés implícita sea menor que la tasa de interés incremental del endeudamiento, porque sólo si se cumplen estos dos requisitos, el arrendatario usará la tasa de interés implícita y no la tasa de interés incremental del endeudamiento<sup>50</sup>.
- Por último, el *IAS 17* fija una quinta condición que no establece el *FAS 13* para que un *leasing* sea considerado un *finance lease*, y es que los activos arrendados sean de una naturaleza tan especializada que sólo el arrendatario tenga la posibilidad de utilizarlos sin realizar en ellos importantes modificaciones. Este requisito podría darse habitualmente en el caso de las aeronaves, puesto que las aeronaves son activos que se adaptan al cliente de manera que sólo la aerolínea a la que se le arrienda puede utilizarlos sin poder modificarlos. De hecho, los aviones se customizan para cada cliente y esto es así porque las aerolíneas requieren distribuciones de los asientos en sus aeronaves adaptadas a sus necesidades, por no mencionar que el exterior de la aeronave, esto es la pintura de las aeronaves con el logo es totalmente diferente entre aerolíneas.

Además, el *IAS 17* establece otros indicadores que no se establecen en el *FAS 13* y que pueden llevar, de manera individual o conjunta con otras, a la clasificación de un arrendamiento como *finance lease*, tales como:

- Si el arrendatario puede cancelar el contrato de arrendamiento, y las pérdidas sufridas por el arrendador como consecuencia de dicha cancelación serán asumidas por el arrendatario.
- Cuando las pérdidas o ganancias derivadas de las fluctuaciones en el valor razonable del importe residual recaen sobre el arrendatario, como puede ser a través de un descuento por un importe similar sobre el valor de la venta del activo al final del arrendamiento.
- Si el arrendatario tiene la posibilidad de prorrogar el arrendamiento durante un segundo período, con unos pagos por el arrendamiento que son sustancialmente inferiores a los que vienen estableciéndose habitualmente como de mercado.

---

<sup>50</sup> Para el *IAS 17*, la tasa implícita en el arrendamiento, es la tasa de interés que el arrendatario tendría que pagar por un arrendamiento similar, mientras que la tasa de interés incremental de los préstamos del arrendatario es la tasa en la que incurriría dicho arrendatario si pidiera prestados, en un plazo y con garantías similares, los fondos necesarios para comprar el activo. Esta última tasa coincide con la tasa de interés incremental del endeudamiento del arrendatario, a la que se hace referencia en el *FAS 13*.

25. Por lo tanto, mientras que los criterios en el *FAS 13* para distinguir un *capital lease* de un *operating lease* son bastante rígidos, no ocurre lo mismo con el *IAS 17*, que deja claro que los criterios establecidos anteriormente para que un arrendamiento sea considerado como un *finance lease* no son siempre concluyentes. De manera, que si es evidente por otras características que mediante el arrendamiento no se transfieren sustancialmente todos los riesgos y ventajas inherentes a la propiedad, éste será considerado como un *operating lease*. Será tratado como tal en el caso en el que la propiedad del activo se transfiera al término del arrendamiento por un pago variable que sea igual a su valor razonable en ese momento, o si existen pagos contingentes como consecuencia de los cuales el arrendatario no tiene sustancialmente todos estos riesgos y ventajas<sup>51</sup>.

En resumen, mientras que en el *FAS 13* se establecen una serie de requisitos para establecer cuándo un arrendamiento debe ser clasificado como un *capital lease*, y si no se cumplen estos requisitos será considerado un *operating lease*, en el caso del *IAS 17*, para que un arrendamiento sea considerado como de uno u otro tipo dependerá de la esencia económica y naturaleza de la transacción, más que de la mera forma del contrato. Es importante definir el tipo de *leasing* que se esté llevando a cabo para financiar la adquisición de aeronaves, porque dependiendo de que sea un *capital lease* o un *operating lease*, el contenido del contrato o contratos relacionados con el *leasing* será distinto, y los problemas derivados de los mismos se resolverán de manera diferente.

26. Por su parte, respecto del *IAS 17*, la Unión Europea en 2002 tomó la decisión de adoptar las Normas Internacionales de Contabilidad fijadas por el *IASB*, entre las que estaba obviamente la NIC 17, para lo cual la Comisión debía estudiar la pertinencia de la aplicabilidad de dichas normas. En definitiva, entre otras cuestiones, tenía que comprobar si, tal y como se recoge textualmente en el art. 3.2 del Reglamento 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, estas normas cumplen con: “*los requisitos de comprensibilidad, pertinencia, fiabilidad y comparabilidad de la información financiera necesarios para tomar decisiones en materia económica y evaluar la gestión de la dirección*”<sup>52</sup>. Así que hasta octubre del 2003, fecha de entrada en vigor del Reglamento 1725/2003, no fue obligatorio la aplicación de las NICs en la Unión Europea, a excepción de la NIC 32 (Instrumentos Financieros: Presentación e Información a revelar) y la NIC 39 (Instrumentos Financieros: Reconocimiento y Medición), que estaban siendo objeto de modificación en ese momento por el *IASB*, por lo que se desaconsejó su aprobación<sup>53</sup>. Dado que dicho Reglamento sufrió posteriormente modificaciones, a través de distintos Reglamentos, lo cual provocaba inseguridad jurídica y dificultad en la aplicación de las diferentes normas de contabilidad dentro de la Unión Europea, se decidió recoger en un único texto las normas integradas en este Reglamento y sus actos de modificación, con el objetivo de dar claridad y transparencia, dando origen al Reglamento 1126/2008<sup>54</sup>. Este Reglamento del 2008 todavía sigue en vigor y aunque ha sufrido diversas

<sup>51</sup> En el *IAS 17* las cuotas contingentes del arrendamiento son definidas como la parte de los pagos por arrendamiento cuyo importe no es fijo, sino que se basa en el importe futuro de un factor que varía por razones distintas del mero paso del tiempo, como puede ser el caso de un porcentaje de las ventas futuras, el grado de utilización futura, índices de precios futuros, etc...

<sup>52</sup> Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, DO núm. L 243, 11 septiembre 2002, relativo a la aplicación de normas contables internacionales, en virtud del cual estos organismos decidieron que se debían aplicar en el Espacio Económico Europeo (EEE) las Normas Internacionales de Contabilidad o NICs, con el objetivo de lograr una mayor transparencia y comparabilidad de los estados financieros y, en consecuencia, un funcionamiento eficiente del mercado de capitales de la Unión Europea y del mercado interior. Para que una norma de contabilidad del *IASB* se transforme en una norma que forme parte del Derecho de la Unión Europea, en este caso un Reglamento, es necesario que supere un proceso específico de endoso (*due process of endorsement*), que no se va a explicar por no ser importante para el presente trabajo. En este sentido *vid.* “*Due process of endorsement*” disponible en línea en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/accounting/docs/ias/endorsement\\_process.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/ias/endorsement_process.pdf) (consultado el 4 de mayo de 2014).

<sup>53</sup> Con el objetivo de hacer efectiva la aplicación de las NICs, en la Unión Europea se desarrolló el Reglamento (CE) núm. 1725/2003 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003, DO núm. L 261, 13 octubre 2003, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002 (DO núm. L 243, 11 septiembre 2002), relativo a la aplicación de normas contables internacionales (Texto pertinente a efectos del EEE).

<sup>54</sup> Considerando (3) Reglamento (CE) núm. 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, DO núm. L 320, 29 noviembre 2008, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002 (DO núm. L 243, 11 septiembre 2002), relativo a la aplicación de normas contables internacionales (Texto pertinente a efectos del EEE).

modificaciones, en lo que respecta a las *IAS 17* se han aprobado algunos cambios poco importantes, realizados por el *IASB* en 2009, pero que no han sido adoptados por la Unión Europea hasta el 2010 y que no afectan en definitiva al *leasing* de aeronaves<sup>55</sup>.

27. Sin embargo, en el año 2006 ambos Consejos, el *IASB* y el *FASB*, anunciaron el comienzo de un proyecto conjunto para revisar la contabilidad de los tipos de *leasing*, con el objetivo de solucionar la disparidad de criterios para diferenciar un *capital lease* de un *operating lease* y promulgar unas normas contables respecto al *leasing* que fueran comunes a nivel mundial. Este proyecto tiene su origen en los Estados Unidos como consecuencia de los escándalos que surgieron en el año 2000, puesto que en ciertos informes financieros determinadas operaciones de *leasing* estaban contabilizadas fuera del Balance de Situación, cuando en realidad debían aparecer en él. Como consecuencia de los cuales la *SEC* recomendó en 2005 una serie de cambios en los requisitos existentes sobre contabilidad del *leasing* para así lograr una mayor transparencia en dichos informes financieros.

El resultado de este proyecto conjunto entre el *IASB* y el *FASB* desembocó en la presentación de un borrador el 17 de agosto de 2010, que fue modificado en junio de 2013 con el objetivo de establecer finalmente en este último borrador un modelo dual para realizar la contabilidad del *leasing* distinto a la existente hasta el momento, que estaba basado en los tipos de *leasing* ya citados, el *capital lease* o *finance lease* y el *operating lease*. Las propuestas incluidas en el primer borrador del 2010, en el cual virtualmente todos los tipos de *leasing* son considerados como *capital o finance lease*, introducen cambios significativos en la contabilidad de los arrendamientos, pues desaparece la dicotomía entre el *capital lease* y el *finance lease*, y nace el modelo del “derecho de uso”<sup>56</sup>. Sin embargo, este borrador ha sufrido modificaciones, proponiendo un modelo dual en el que se clasifican los *leasing* en tipo A, dentro del cual estarían los bienes de equipo o los vehículos, entre los que encontrarían las aeronaves, y tipo B, dentro de los cuales estarían los bienes inmuebles, cuya contabilidad de los *leasing* seguiría estando basada en el modelo del “derecho de uso” que en la cita anterior se ha explicado, pero que básicamente viene a reflejar una relación inextricable entre el “derecho de uso” –que se refleja en el activo del balance de situación- y la obligación por el arrendamiento –que se refleja en el pasivo del balance de situación-<sup>57</sup>.

Esta nueva clasificación en cuanto al *leasing* realizada por los “*Boards*” que es así como se les conoce en el ámbito internacional al *IASB* y al *FASB*, ha recibido críticas por parte de los grupos más importantes de la industria aeronáutica, como son el *AWG* (*Aviation Working Group*) y el *IATA IAWG* (*IATA Industry Accounting Working Group*). Por un lado, el *AWG* es un grupo formado por los principales fabricantes, empresas arrendadoras o de *leasing* y compañías financieras tanto de aeronaves como de motores<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Vid. modificación a la NIC 17 Arrendamientos, en el Anexo del Reglamento (UE) núm. 243/2010 de la Comisión, de 23 de marzo de 2010, DO núm. L 77, 24 marzo 2010, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008 (DO núm. L 320, 29 noviembre 2008), por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002 (DO núm. L 243, 11 septiembre 2002), relativo a la aplicación de normas contables internacionales, en lo que se refiere a las Mejoras de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) (Texto pertinente a efectos del EEE).

<sup>56</sup> Vid. “Leases (Topic 840) Exposure Draft” disponible en línea en [http://www.awg.aero/assets/docs/FASB\\_ED\\_Lease\\_Accounting.pdf](http://www.awg.aero/assets/docs/FASB_ED_Lease_Accounting.pdf) (consultado el 19 de mayo de 2014). El modelo del “derecho de uso” recogido en este borrador consistiría en que: el arrendatario reconocería en todo caso un activo que representa el derecho de uso del bien arrendado y un pasivo por la obligación de pagar las cuotas del arrendamiento; mientras que el arrendador reconocería un activo que representa el derecho a recibir los pagos del arrendatario, y dependiendo de su exposición a los riesgos y beneficios asociados al activo subyacente, o bien reconocería un pasivo sin llegar a dar de baja el activo subyacente (enfoque de la obligación de ejecución), o bien daría de baja la parte del activo arrendado que corresponde a los derechos transferidos al arrendatario y continuaría reconociendo un activo residual que representaría los derechos sobre el activo subyacente al final arrendamiento (enfoque de baja en cuentas).

<sup>57</sup> Vid. “Leases (Topic 842) Exposure Draft” disponible en línea en <http://www.awg.aero/assets/docs/FASB-Leases-RED-5-16-2013.pdf> (consultado el 19 de mayo de 2014).

<sup>58</sup> El *AWG* comenzó a trabajar en 1994 a petición del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (*International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT*), como un grupo industrial para contribuir al desarrollo del Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, el cual fue firmado en 2001. En 2002 el *AWG* se convirtió en una entidad sin ánimo de lucro y su ámbito de aplicación se ha extendido significativamente. Éste se ha dirigido hacia un amplio rango de aspectos que afectan a la financiación de la aviación internacional, como puede ser el tema de los seguros. También

Por su parte, el *IATA IAWG* es un grupo de profesionales senior encargados de las finanzas de las aerolíneas más importantes y representa a cerca de 240 aerolíneas<sup>59</sup>.

Después del primer borrador del 2010 para establecer unas normas comunes internacionales sobre la clasificación de los tipos de *leasing*, el *AWG* envió diversas cartas realizando observaciones a dicho borrador, por lo que éste fue revisado. De ahí, surgió el segundo borrador en el 2013, que ha llevado al *AWG* a afirmar que si las propuestas realizadas en este último borrador se implementan, cambiaría la contabilidad del arrendador y del arrendatario, de forma tal que se estaría perjudicando a los usuarios y realizadores de los Estados financieros, por lo que no apoyan en absoluto la publicación de estas nuevas normas basadas en este último borrador del 2013<sup>60</sup>. En concreto, las propuestas que el *AWG* y el *IATA IAWG* realizaron en respuesta al borrador presentado por los *Boards*, para la adopción de una normativa común contable internacional sobre los tipos de *leasing*, están más enfocadas a seguir con la clasificación existente de *operating lease* y *capital lease*, de las que se deben destacar: la clasificación de los tipos de *leasing* debe permanecer según lo establecido por las normas *IAS 17*, que establece una clara división entre los dos tipos de *leasing* basada en el principio de riesgos y ventajas transferidas, en detrimento del *FAS 13*, cuya la línea divisoria entre los dos tipos de *leasing* ya no sería de aplicación; los *leasing* clasificados como *capital lease* o *finance lease* serían contabilizados como de tipo A según el borrador; y los *leasing* catalogados como *operating lease* serían contabilizados como de tipo B según el borrador<sup>61</sup>.

**28.** En conclusión, el *AWG* no está de acuerdo en la nueva clasificación realizada de los tipos de *leasing* presentadas en el borrador antes citado, porque tal y como señala en una serie de puntos en una carta dirigida a los *Boards*<sup>62</sup>:

- Es totalmente arbitraria y no es consistente con el punto de vista que tienen la dirección y los usuarios de los estados financieros de los arrendadores respecto de las transacciones de *leasing*. Bajo su punto de vista, el enfoque de la clasificación debe estar orientada hacia la naturaleza del contrato de *leasing*, como hasta ahora se venía realizando, y no hacia el activo subyacente.
- La clasificación de todos los tipos de *leasing*, tanto de las aeronaves como de los motores, en *leasing* de tipo A, en la mayoría de los casos no representa fielmente muchas de las actividades del arrendador, y no proporciona a los usuarios de los estados financieros del arrendador la información tal y como ellos la prefieren.
- Para el arrendador es necesario que se reconozca que existen diferencias entre los *leasing* que representan una verdadera financiación y los *leasing* que suponen el uso de un activo, independientemente del tipo de activo subyacente del que se trate.
- Los cambios propuestos para el modelo existente de *finance lease* y *sales-type lease* no representan una mejora en los informes financieros. Estos cambios implican que los arrendadores inviertan recursos, siendo poco o ninguno el beneficio que obtengan los usuarios de los nuevos estados financieros de las empresas arrendadoras.

---

el *AWG* sirve de foro en el que se tratan nuevos temas que ellos plantean y desarrollan, y también dirigen aspectos muy importantes del *leasing* y de la financiación de la aviación internacional. El *AWG* está copresidido por Airbus y Boeing, y sus miembros y afiliados comprenden los más importantes fabricantes de la industria aeronáutica y de las instituciones financieras, incluyendo las mayores compañías de *leasing* del mundo. Los miembros de *AWG* y sus afiliados fabrican principalmente todos los motores y aeronaves comerciales modernas, y alquilan y financian una gran parte de estos equipos nuevos. Por dejar claro la importancia del *AWG*, son miembros del mismo las compañías de *leasing* más importantes que existen en la actualidad y que son *GECAS* (*GE Capital Aviation Service*) e *ILFC* (*International Lease Finance Corporation*) –esta última ha sido absorbida por *AerCap*. Vid. La página del *AWG*, que está disponible en línea en <http://www.awg.aero> (consultada el 20 de mayo del 2014).

<sup>59</sup> El *IATA IAWG* es un grupo de expertos en finanzas creado por la *IATA*, que representa a las aerolíneas más importantes del mundo, con lo cual es fácil hacerse una idea de su relevancia, ya que son las empresas clientes que adquieren las aeronaves sobre todo financiándolas, en muchos ocasiones a través del *leasing*.

<sup>60</sup> Vid. “Summary of Position on Lease Accounting Exposure Draft” disponible en línea en <http://www.awg.aero/assets/docs/Lease-Accounting-AWG-Summary.pdf> (consultado el 20 de mayo de 2014).

<sup>61</sup> Vid. “Aviation Working Group and IATA IAWG – Comments on Leases Exposure Draft ED/2013/6”, disponible en línea en <http://www.awg.aero/assets/docs/AWG-IATA-joint-Letter-on-ED-2013-6.pdf> (consultado el 20 de mayo de 2014).

<sup>62</sup> Vid. “Aviation Working Group – Comments on Leases Exposure Draft ED/2013/6”, disponible en línea en [http://www.awg.aero/assets/docs/Lease-Accounting-AWG-Submission\\_2nd-ED\\_FINAL.pdf](http://www.awg.aero/assets/docs/Lease-Accounting-AWG-Submission_2nd-ED_FINAL.pdf) (consultado el 20 de mayo de 2014).

Por lo tanto, el *AWG* no está de acuerdo con lo expuesto en el último borrador, aunque espera que éste también sea modificado y que la normativa contable internacional definitiva sea publicada en el 2014 para que entre en vigor en el 2017<sup>63</sup>. Sin embargo, a la fecha de elaboración del presente trabajo todavía no se ha producido la presentación de un nuevo borrador, por lo que de momento la clasificación de los tipos de *leasing* sigue siendo la que existe en este momento: *capital lease* o *finance lease* y *operating lease*. Así que la línea divisoria entre uno y otro tipo de *leasing* a nivel contable viene señalado por el *FAS 13* en Estados Unidos y por el *IAS 17* a nivel internacional, en este último caso por los países que deciden que se les aplique dichas normas internacionales de contabilidad, entre ellos la Unión Europea como ya se ha señalado antes.

**29. Regulación a nivel fiscal.** Como a nivel contable ya se ha analizado la influencia en la clasificación de los tipos de *leasing*, así que a continuación se va a estudiar la influencia a nivel fiscal sobre dicha clasificación.

La normativa fiscal en la mayoría de los países industrializados ha sido utilizada durante muchos años como instrumentos de política gubernamental con el objetivo de incrementar las rentas, siendo este el caso de Estados Unidos, Alemania, Japón y Canadá. Por lo tanto, los coeficientes de amortización y los incentivos fiscales a la inversión habían sido utilizados en el pasado con la intención de promocionar ciertas industrias o la venta de bienes de equipo específicos, como era el caso de las aeronaves, pues las legislaciones de estos países fijaban coeficientes de amortización particularmente favorables para este tipo de bienes. *Ad. ex.* el gobierno de Estados Unidos en el “*General Aviation Regulations Act*” de 1994 estableció durante un corto período de tiempo un mecanismo conocido como “*bonus depreciation*”, el cual permitía a las compañías imputar adicionalmente un 30% del valor de depreciación de los bienes de capital nuevos en el primer año de compra, siempre que el activo hubiese sido adquirido entre el 10 de septiembre del 2001 y el 11 de septiembre del 2004<sup>64</sup>.

**30.** Sin embargo, los efectos beneficiosos que se pretendían con las tasas aceleradas de depreciación no fueron los deseados al menos totalmente, por diversas razones, pero principalmente porque las compañías no tenían suficiente renta imponible de la que deducirse estos gastos. Así que se desarrolló un negocio alrededor de los años 60, de manera que se comerciaba con los beneficios o desgravaciones fiscales, junto con los créditos fiscales a una inversión importante para el arrendador, a cambio de una tasa de interés implícita más baja para el arrendatario. Este fenómeno ocurrió en la mayoría de los países industrializados, donde la autoridad impositiva en cada caso establecía supuestamente el coste último de la operación.

Por explicar con más detalle esta situación anterior, la depreciación, como ya se ha descrito antes, es el coste del uso y rotura de los bienes de equipo, por lo que esta cantidad se tiene que deducir de los beneficios brutos, de la misma manera que otros gastos como los salarios son deducibles. Esta misma cantidad en teoría se deja en un fondo de reserva aparte y disponible para cuando ese equipo tan costoso, como son las aeronaves, necesite ser restaurado o reemplazado. Por lo tanto, se supone que sólo una compañía puede realizar la depreciación del mismo equipo. Así que, la preocupación del recaudador de impuestos era asegurarse de que dos compañías distintas no se desgravasen por la depreciación del mismo bien, la misma cantidad y que las compañías que llevaban a cabo la depreciación estuviesen sujetas a los impuestos de su jurisdicción. Este problema se producía cuando en un acuerdo de *leasing* no estaba claramente definido el tipo de *leasing* y la depreciación era realizada por ambas partes, el arrendador y el arrendatario.

En la mayoría de las jurisdicciones, el primer problema de la depreciación acelerada fue solucionado a través del desarrollo de una guía clara donde se fijaban unas tasas o coeficientes propuestos de amortización para cada una de las partes que participaban en el *leasing*<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Tay y como se recoge en la página web del *AWG* cuando trata el “*Lease Accounting Project*”, disponible en línea en <http://www.awg.aero/projects/accountingrules/#leaseaccounting> (consultado el 21 de mayo de 2014).

<sup>64</sup> K. LYNCH, “Bonus Depreciation. Is the Time Running Out?”, *Business & Commerce Aviation*, May 2004, p. 78.

<sup>65</sup> Cuando se planteaban dudas sobre qué coeficiente aplicar, la autoridad fiscal establecía una norma impositiva, lo cual sucedía en países como Canadá y Estados Unidos, mientras que en Inglaterra eran los abogados tributarios los que daban sus opiniones al respecto (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 190).

**31.** En cuanto al segundo problema, las normas fiscales para favorecer la adquisición de bienes de equipo mediante el *leasing* se fueron reduciendo en todos los Estados por razones diferentes. En Estados Unidos, en los años 70 se incrementó el volumen del *leasing*, de manera que se realizaron complejas operaciones de *leasing*, con el objetivo de obtener beneficios fiscales, por lo que el IRS (*Internal Revenue Service*) se vio desbordado, así que en 1975 creó el *Revenue Procedure 75-21*, en el que se fijaba un guía clara para regular las transacciones de *leasing*, conocidas como *leveraged lease*, que serán explicadas al tratar en detalle los tipos de *capital lease*<sup>66</sup>.

Por otro lado, en Canadá, el gobierno comenzó a modificar las normas tributarias para eliminar el impacto de los *leverage leasing* y posteriormente en 1989 decidieron neutralizar las ventajas fiscales de los arrendadores financieros en las grandes transacciones. *Ad. ex.* Air Canada se benefició de dicha estructura rápidamente al obtener un beneficio neto actualizado al valor presente de un 6%, por el miedo de las instituciones financieras a que el gobierno canadiense impidiera posteriormente el uso del *leverage leasing*.

Otros países también decidieron controlar los abusos internacionales en materia de *leasing*, entre ellos el Reino Unido, como consecuencia de que a principios de los 80, muchos activos podían ser desgravados fiscalmente por el 100% del valor del activo durante el primer año de adquisición de la aeronave. Esto llevó a abusos por parte de los arrendadores, que alquilaban equipos que no eran fabricados en el Reino Unido a arrendatarios que estaban localizados fuera también del Reino Unido, provocando que los beneficios no se quedaran en el Reino Unido y la Tesorería de dicho país viera reducidos sus ingresos.

Estados Unidos también decidió reconducir los abusos provocados por el *leasing* sobre activos extranjeros a través del *Tax Reform Act* de 1984, así como Japón y Alemania pusieron fin a la transferencia de ventajas fiscales como consecuencia de las operaciones de *leasing* internacional, después de muchos debates<sup>67</sup>.

**32.** El *leasing*, que implica transferencia de ventajas fiscales, continúa en la actualidad a nivel nacional en Estados Unidos, el Reino Unido y Francia, y como *leasing* internacional, refiriéndose concretamente a que la aeronave sobre la que se realiza el *leasing* proceda de otro Estado, a través de las *United States Ownership-Foreign Sales Corporation (O-FSC)*, *United States Commission-Foreign Sales Corporation (C-FSC)* que tuvieron una corta duración bajo esa denominación, pero que fueron sustituidas por estructuras similares denominadas *Extraterritorial Income (ETI)*<sup>68</sup>; y a través de los conocidos como *Japanese Operating Leases (JOL)*, que serán estudiados cuando se traten los tipos de *operating lease*. Sin embargo, los beneficios han ido gradualmente disminuyendo por la eliminación de los créditos fiscales a la inversión y la reducción de las tasas o coeficientes de amortización.

En las distintas jurisdicciones, los arrendadores o sociedades de *leasing* pensaban que el *leasing* de equipos iba a disminuir como consecuencia de esta legislación tan restrictiva, pero los arrendadores más innovadores han sobrevivido a través de otros tipos de *leasing*, mientras que otros han desaparecido. Se debe observar que el *leasing* de equipos ha crecido en Estados Unidos, el Reino Unido y en general la Unión Europea, a pesar de los cambios sufridos en sus respectivas legislaciones impositivas o tributarias. De hecho, en las distintas jurisdicciones, las tasas de amortización siguen existiendo, adecuándose a la depreciación real del equipo y sólo ha desaparecido la posibilidad de una transferencia excesiva de beneficios fiscales a un inversor pasivo.

---

<sup>66</sup> El IRS (*Internal Revenue Service*) en Estados Unidos es el equivalente a la Agencia Tributaria Española, y creó el *Revenue Procedure 75-21* para que un *leasing* fuera considerado un *leverage leasing* y así obtener beneficios fiscales de esta estructura, siendo dos de los requisitos que se deben resaltar que el arrendador debe matener un 20% como mínimo del riesgo derivado de la propiedad de la aeronave y que el arrendatario no debe tener ninguna participación en el coste de la propiedad. *Vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 191-192. Se recogen aquí todos los requisitos del *Revenue Procedure 75-21*, que siguen siendo de aplicación en Estados Unidos, aunque después ha sido sustituido por el *Revenue Procedure 75-28* y *76-30*, y posteriormente han sido reemplazados por el *Revenue Procedure 2001-28* y el *2001-29*.

<sup>67</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 193.

<sup>68</sup> Aunque estas estructuras han sido cuestionadas con éxito por parte de la Unión Europea ante la Organización Mundial del Comercio, dentro de la disputa que enfrenta a Airbus y Boeing por el asunto de las ayudas recibidas de los gobiernos europeo y americano respectivamente (M.-J. CASTELLANOS RUIZ, "Contencioso Airbus-Boeing", en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*", Madrid, Colex, 2008, pp. 189-264).

**33.** La primera y fundamental distinción por tanto, es que todos los tipos de *leasing* se pueden clasificar dentro de dos categorías que ya se han mencionado antes, de las que derivan los otros tipos de *leasing*, y que son el *capital lease* y el *operating lease*<sup>69</sup>. Esta clasificación es la que se va a utilizar para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable a dichos contratos.

Dentro de esta clasificación de los tipos de *leasing* desde un punto de vista financiero, es relevante realizar otra clasificación de los tipos de *leasing*. Por un lado, dentro del *capital lease*, nos encontraremos con figuras como el *leveraged lease*. Por otro lado, en la categoría del *operating lease* debe distinguirse entre el *dry lease* y el *wet lease*, que diferencia el arrendamiento de aeronaves sin tripulación o a casco desnudo, del arrendamiento con tripulación. Esta distinción es importante porque la Unión Europea también ha considerado relevante realizarla en la normativa existente para regular el transporte aéreo.

Y aunque existen otros tipos de *leasing* en otras industrias, como el objeto de este trabajo son las aeronaves, aquí se tratarán exclusivamente los tipos *leasing* de aeronaves<sup>70</sup>.

Por lo tanto, se va a desarrollar la primera clasificación de los tipos de *leasing* y dentro de ella, se estudiará también la segunda distinción señalada de las clases de *leasing*, por ser también relevante para el presente estudio.

**34.** En primer lugar, se van a explicar las diferencias entre un *capital lease* y un *operating lease*, puesto que dependiendo de en cuál de los dos grandes tipos de *leasing* se encuadre, éstos serán calificados como categorías diferentes de contratos, por lo que la normativa aplicable tanto para competencia judicial internacional como para ley aplicable nos llevará a soluciones distintas, en caso de suscitarse cualquier controversia.

### 1. *Capital lease vs. Operating lease*

**35.** Un *capital lease* es un contrato por el que el arrendatario asume sustancialmente todos los riesgos y beneficios de la propiedad de la aeronave objeto del *leasing*, mientras que el arrendador recibe determinadas cantidades como pagos, con los cuales se amortiza el coste del capital del bien y además el arrendador obtiene un beneficio, que es el interés. Normalmente la duración del contrato de *leasing* se corresponde con la vida útil de la aeronave alquilada y el arrendatario habitualmente adquiere el bien como consecuencia de la opción de compra garantizada al término del contrato de *leasing* o como una opción de venta realizada por el arrendador. Un *capital lease* en principio no supone riesgos en cuanto a la propiedad para el arrendador, cuya única obligación es financiar la compra del equipamiento, pero sí que está expuesto a riesgos crediticios.

El *operating lease* cubre el resto de formas de *leasing* de equipos en el que el coste de capital del activo no está totalmente amortizado al finalizar el *leasing* y el beneficio del arrendador no deriva de las rentas obtenidas por el alquiler del equipo a un único cliente, sino a varios. Además, en un *operating lease* muy pocas veces el arrendatario adquiere el bien al finalizar el contrato de *leasing*, aunque éste incluya una opción de compra bajo determinadas circunstancias.

Hace treinta años el *operating lease* prácticamente no se utilizaba, de hecho no llegaba a suponer ni el 5% de la flota de las aerolíneas del mundo. Principalmente era utilizado por las aerolíneas de bajo coste para realizar una venta y posteriormente un “*leaseback*”, con respecto a la aeronave que ya poseían, conocido comúnmente como “*sale and leaseback*” o bien adquirirían equipo adicional porque o no lo podían financiar de otra manera que no fuera a través del *operating lease* o no estaba disponible por parte del fabricante<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> D.-H. BUNKER, *The Law of Aerospace Finance in Canada*, Institute and Centre of Air and Space Law, McGill University, Montreal, 1988, pp. 33-57. En el cual se describen hasta cerca de cincuenta tipos de *leasing*.

<sup>70</sup> En cuanto a las distintas clasificaciones sobre el *leasing* vid. P. CANEDO ARRILLAGA, “Contratos internacionales de *leasing*”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de Contratación Internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 393-397.

<sup>71</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 183.

En la actualidad esto ha cambiado y las mayores aerolíneas se están capitalizando por los beneficios financieros y la flexibilidad de su flota conseguidos gracias al *operating lease*. La nueva tendencia consiste en que las aerolíneas hacen la planificación de su flota de aeronaves de forma que por un lado, determinan el número de aeronaves que pueden comprometer su objetivo estratégico a largo plazo, financiando las compras de las mismas y por otro lado, complementan su flota con aeronaves arrendadas mediante *operating lease*. Así la aerolínea se asegura que tiene la capacidad necesaria para cubrir las demandas del mercado y además, se evita tener un balance de situación preocupante como consecuencia de un excesivo endeudamiento<sup>72</sup>.

Además, el *operating lease* puede ser beneficioso desde el punto de vista del arrendador como consecuencia del valor residual de la aeronave. Aunque obviamente es un riesgo para el arrendador, la clave para analizar el coste del *operating lease* consiste en entender el efecto del valor residual, lo cual puede ser bastante complicado y sobre el que no se realizará un examen detallado, aunque sí serán tratados aspectos puntuales cuando sea necesario<sup>73</sup>.

**36.** Existen aspectos que provocan que las aerolíneas tengan que recurrir cada vez más al *operating lease*, tales como: el coste de la propiedad, el factor de riesgo asociado a una nueva tecnología, la necesidad de flexibilidad de las aerolíneas en sus flotas aéreas y la estructura de su balance de situación. Por lo tanto, una aerolínea que no dispone de capital suficiente para adquirir una aeronave y que opta por un *operating lease* no tiene derecho al valor residual de la aeronave y no puede consolidar su capital mediante la venta de los activos, para comprar posteriormente nuevas aeronaves. Así que la aerolínea debería considerar no financiar la aeronave a través de un *operating lease*, sino realizar acuerdos mediante los cuales se puede llegar a un término medio entre un *capital lease* y un *operating lease*, por el que la participación en el valor residual de la aeronaves se dividiría entre el arrendador y el arrendatario y así ambas partes se aprovecharían de la supuesta venta de la aeronave al finalizar el período del *leasing*<sup>74</sup>.

La diferencia fundamental entre las dos categorías de *leasing* es que bajo el *operating lease* el arrendatario tiene el derecho a la posesión de propiedad de la aeronave, mientras que en un *capital lease* el arrendatario, además de la posesión, adquiere todas las responsabilidades sobre la propiedad. Este último concepto de propiedad genera multitud de problemas en Estados Unidos y Canadá. *Ad. ex.* en Norte América las transacciones denominadas como “*leases*” que son similares a las transacciones de compraventa garantizadas, requieren la aplicación de una legislación y regulación para que transacciones que efectivamente son “*leases*” de verdad, eviten las disposiciones de dicha legislación y regulación, pues no están dentro de su ámbito de aplicación.

En este sentido, en Estados Unidos y Canadá, contrariamente a las reglas tradicionales del *common law* existentes sobre los derechos del arrendador y del arrendatario, el enfoque es que cuando un *leasing* adquiere la forma de un financiación garantizada, el deudor es considerado el propietario de la aeronave, mientras que el acreedor adquiere una garantía sobre el bien, que le permite a la parte asegurada, recuperar y vender la aeronave en caso de incumplimiento por parte del arrendatario<sup>75</sup>. En dichos países, si un contrato se firma como un “*lease*” no significa por tanto, que los tribunales vayan a considerar a la aeronave como propiedad del arrendador, sino que sólo si éstos están convencidos de que es un *operating lease* será tratado como un “*lease*” y la propiedad será del arrendador.

Es importante señalar que en caso de quiebra del arrendatario existen también diferencias entre los dos tipos de *leasing* en cuanto a la recuperación de la aeronave arrendada. Bajo un verdadero *lease*,

<sup>72</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 184.

<sup>73</sup> P. LOBKOWITZ/ B. DETRICH, “Aircraft Operating Lease”, *Airfinance Journal Guide to Operating Leasing*, June 1997, p. 7.

<sup>74</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 187.

<sup>75</sup> W.-B. PIELS, “Lessor benefits”, *Airfinance Journal*, Feb. 1997, p. 40. Esta idea de garantía es la que subyace detrás del concepto autónomo de garantía internacional creado por el Convenio de Ciudad del Cabo del 2001 y descrito en su art. 2, cuando se trata de un contrato de arrendamiento (Decisión del Consejo núm. 2009/370/CE, de 6 de abril de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de elementos de equipo aeronáutico, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre del 2001, DO núm. L 121, 15 mayo 2009).

el arrendador podrá recuperar la aeronave tras las notificaciones legalmente previstas en las normas procesales del Estado en cuestión. Mientras que si se trata de otro tipo de *lease*, cualquier participación en la aeronave será reembolsada al *trustee* o liquidador (síndico) de la quiebra para que puedan cobrar los acreedores, entre ellos el arrendador. Sin embargo, si la ley aplicable del Estado del que se trate requiere que la garantía que posee el arrendador sobre el bien esté registrada, pero en realidad no lo está, el arrendador puede perder la prioridad que éste hubiera tenido si lo hubiese registrado adecuadamente<sup>76</sup>.

En los sistemas del Norte de América es obligatorio que si el activo, es decir la aeronave, es objeto en esencia de una transacción de compraventa y si el deudor que es el arrendatario adquiere una participación en dicho activo, la aeronave debe ser capitalizada en el Balance de Situación del mismo y debe ser amortizado dicho capital junto con los gastos financieros de la operación en cada período contable, independientemente de cómo las partes denominen o califiquen en definitiva, dicha transacción<sup>77</sup>.

La determinación de si un *lease* está dentro de una u otra categoría de *leasing* es un problema permanente, tanto a nivel contable y fiscal como se ha visto, y también a nivel jurídico. En la actualidad, un importante número de aeronaves en uso no son declaradas como activos en los estados financieros de las compañías. Las aerolíneas arrendatarias consideran dichas transacciones como un *operating lease* mientras que los arrendadores las tratan como si estos "leases" fueran fundamentalmente ventas. Por esta razón, como ya se ha apuntado antes, en materia contable tanto el *FASB* en Estados Unidos, como el *IASB* a nivel internacional tienen todavía dificultades en establecer claras directrices que diferencien estos dos tipos de *leasing*, puesto que de momento no existe una normativa contable uniforme internacional que unifique los criterios que diferencien el *capital lease* o *finance lease* del *operating lease*. Lo que sí ha sido puesto de manifiesto, es que de momento los tipos de *leasing* se pueden dividir en dos, *capital lease* y *operating lease*, porque no existe ninguna normativa contable internacional establecida por ninguno de los organismos responsables de realizarlos, es decir el *FASB* y el *IASB*, que establezca otra clasificación, con las consecuencias fiscales que pueda llegar a tener otra clasificación distinta a la existente hasta el momento, y por supuesto, también a nivel contractual.

**37.** Estas transacciones de *leasing* de aeronaves, ya sea un *capital lease* o un *operating lease*, se reflejan en distintos tipos de contratos, formando en ocasiones grupos de contratos. En derecho anglosajón la distinción entre ambos tipos de *leasing* es importante a nivel contable y fiscal como ya se ha explicado de manera extensa. Y también, a nivel jurídico porque los contratos en los que se manifiesta dicha operación de *leasing* serán diferentes, con distintas consecuencias jurídicas dependiendo de la ley aplicable, como se ha visto en el caso concreto de la regulación del Norte de Estados Unidos en esta materia. Así como en el derecho europeo también es relevante dicha diferenciación, puesto que dependiendo de cómo se califique el contrato de *leasing*, ya sea como una compraventa, como una prestación de servicios o como un contrato mixto o complejo, la determinación de la competencia judicial y de la ley aplicable también nos llevará a soluciones diferentes en caso de litigio.

## 1. *Capital lease*

**38.** Como ya se ha dicho antes, el *capital lease* se empezó a utilizar principalmente como un modo de garantizar al fabricante o a la sociedad de *leasing*, la posesión de la titularidad de la aeronave hasta el final del contrato de *leasing*, cuando ya el arrendatario ha terminado de pagar casi la totalidad de la aeronave, siendo mucho más beneficioso que una hipoteca.

El término *capital lease* es utilizado en Estados Unidos para referirse al arrendamiento financiero en general, mientras que en otros países, como los de la Unión Europea este mismo concepto es conocido como *financial lease*, incluyendo a Inglaterra.

Dentro del *capital lease* se englobaría el *leasing* del fabricante, que se produce cuando quien

<sup>76</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 188.

<sup>77</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 188-189. De esta forma, es como los arrendatarios contabilizan en Derecho español, los contratos de arrendamiento financieros, siempre que no se trate de microempresas, que no es el caso porque se trata de un *leasing* sobre grandes aeronaves civiles.

financia la operación de *leasing* es, como su propio nombre indica, el fabricante<sup>78</sup>. Sin embargo, el contrato de arrendamiento financiero, que es como se denomina al *financial lease* en Derecho español, no comprende al *leasing* del fabricante –al igual que en la mayoría de los Derechos continentales–, porque es obligatorio que intervenga una sociedad de *leasing* como intermediario financiero. Es más, en estos Estados, el *leasing* del fabricante sería equiparable a un *operating lease* porque dicho contrato de *leasing* puede llevar asociado el mantenimiento del bien<sup>79</sup>.

### A. *Leveraged lease*

39. En respuesta a la necesidad de las aerolíneas de crear una estructura que conjugara alquiler con opción a compra, en Estados Unidos se establecieron las bases de la mayoría de las formas de financiación de aeronaves y de otros equipos en todo el mundo, durante los próximos treinta años. Esta estructura resultó ser el *U.S. leveraged lease* que es utilizado en la actualidad y es la base de muchas de las estructuras de financiación de otros Estados, además de Estados Unidos, como se comprobará al analizar los tipos de *leasing*.

En la mayoría de los Estados, en un *leveraged lease*, sólo se requiere que el arrendador participe en dicha operación como mínimo con un 20% del coste de la aeronave y que mantenga dicho riesgo a lo largo de la duración del *leasing*<sup>80</sup>. En cuanto al restante 80% del coste de la aeronave, el arrendador pedirá prestada dicha cantidad sin aportar ningún aval personal. A cambio el prestamista se asegura de que recibe el cash-flow del alquiler a través de una hipoteca realizada sobre la aeronave, que supondría la primera carga sobre la misma, además de la cesión de los flujos del alquiler de la aeronave pagadas por el arrendatario y la participación como beneficiario nominativo en cualquier seguro que se realizara sobre dicha operación. Esto implica que en caso de que el arrendatario deje de pagar las cuotas del *leasing*, el prestamista sólo puede ejercitar su garantía (la hipoteca) y perseguir al arrendatario por los impagos, pero el arrendador no está obligado a pagarle la deuda contraída a largo plazo, puesto que esta operación se realiza para compartir la transferencia de las ventajas fiscales de la misma, en la que el arrendador no responde con ningún aval personal<sup>81</sup>. Si el arrendador fuera responsable frente al prestamista, tendría que incluir dicha responsabilidad en el pasivo del balance, se incrementaría su deuda y se reflejaría en el ratio de endeudamiento, con lo cual esta transacción no sería tan atractiva para el arrendador.

El *leverage*, conocido en Europa como “*gearing*” o apalancamiento, fue creado precisamente para que el arrendador no tuviera que realizar ningún aval personal, y así aumentar sus ventajas fiscales en relación con la cantidad de dinero invertida por el arrendador. Y esto es así porque aunque el arrendador sólo aporta el 20% de la inversión en la aeronave, éste puede beneficiarse del 100% de la amortización de la misma, así como de los créditos fiscales a la inversión disponibles<sup>82</sup>. El retorno de la inversión para el arrendador viene como resultado de las ventajas fiscales asociadas con la propiedad de la aeronave; el valor residual del equipo al finalizar el período de duración del *leasing* por la cantidad que supere la parte no amortizada del coste de la aeronave; y el cobro de pequeñas cantidades a lo largo del período de duración del *leasing*, siempre que hubiera un exceso de renta de los cuotas de alquiler por encima del servicio de la deuda (el interés para el prestamista)<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 55-56.

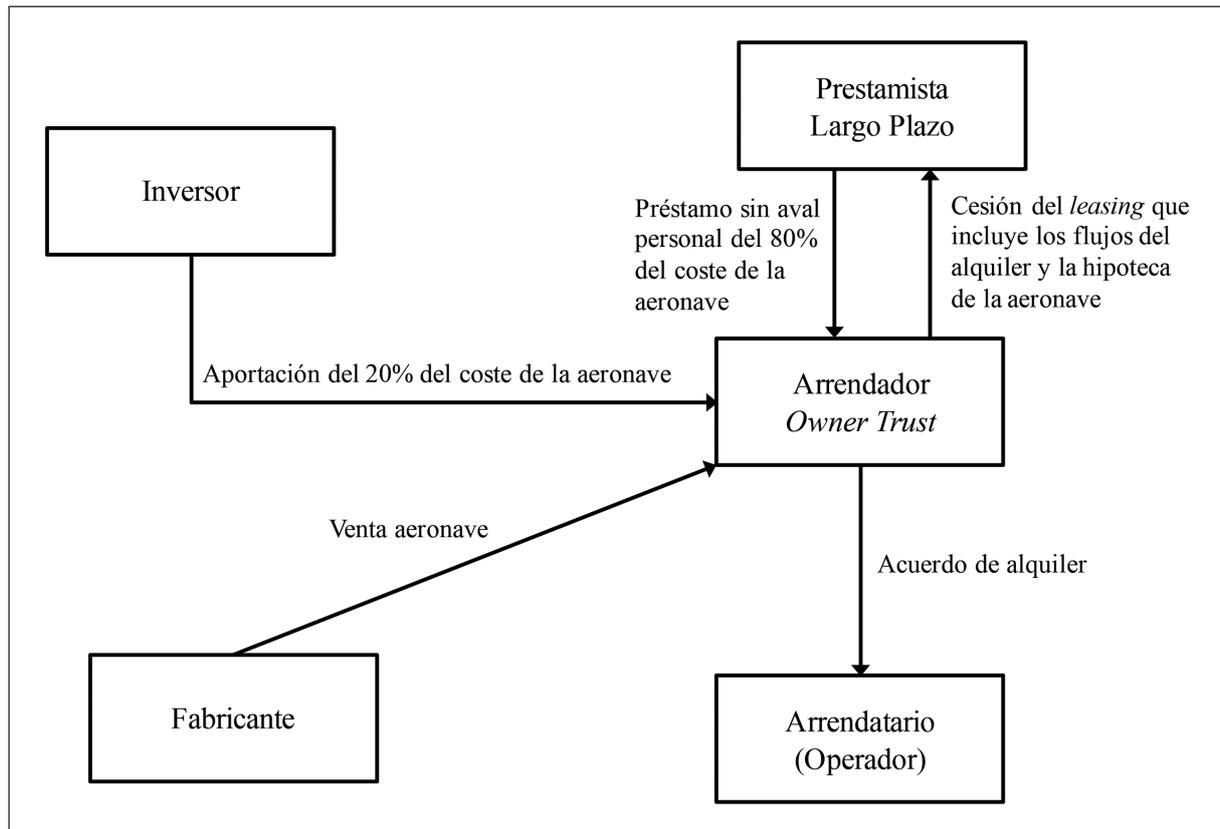
<sup>79</sup> M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 59.

<sup>80</sup> Una estructura en la que el arrendador cubre el 100% del coste de la aeronave es denominada “*single investor lease*” o lo que es lo mismo alquiler con un solo inversor.

<sup>81</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 200.

<sup>82</sup> Los créditos fiscales a la inversión para la adquisición de nuevas aeronaves como ya se ha visto previamente varía dentro de una misma jurisdicción, pero además puede ser distinta de una región geográfica a otra. *Vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 200-201.

<sup>83</sup> Para un estudio más detallado del *leveraged leasing* *vid.* B.-E. FRITCH & I. SHRANK, *Equipment Leasing – Leveraged Leasing*, 2ª edición, Practising Law Institute, Nueva York, 1980.

40. El esquema que se presenta recoge la estructura de un *U.S. leveraged lease* en la actualidad:**Estructura del *leveraged lease* de Estados Unidos.**

Fuente: D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 202.

Una de las características particulares del *leveraged lease* de Estados Unidos, que se añaden a las peculiaridades de esta forma de *leasing* antes señaladas, es que se realiza a través de la constitución de un *trust*, en virtud del cual el socio que aporta el 20% o más del coste de la aeronave lo realiza al *owner-trustee*. Es el *owner trustee* el que se encarga de comprar la aeronave, adquiriendo el título de la propiedad de la misma a través del *trust* para el socio capitalista (*equity participant*), el cual es el beneficiario del 100% de las ventajas fiscales, aunque su participación sea sólo de un 20%<sup>84</sup>.

Además, el 80% del coste de la aeronave que se requiere para adquirirla, puede ser realizado o bien por un prestamista a largo plazo, como pudiera ser un banco o bien un sindicato (corporación) de prestamistas, pero siempre sin que exista ningún aval personal por parte del *owner-trustee*.

El prestamista recibe la cesión del acuerdo de *leasing*, con las implicaciones antes señaladas, pero en este caso de manos del *owner-trustee*, que es el que actúa como arrendador. Así que es el *owner-trustee* el que compra la aeronave al fabricante, si se trata de una aeronave nueva o a la aerolínea, si la aeronave es usada, y es el *owner-trustee* quien arrienda la aeronave a la aerolínea.

<sup>84</sup> El *trust* es una figura de origen anglosajón, propia de países como Estados Unidos, Reino Unido, Australia o Irlanda, es utilizada con mucha frecuencia para llevar a cabo operaciones de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles. El *trust* anglosajón es la relación jurídica creada por un acto *inter vivos* (*trust deed*) o *mortis causa* (*will*) por una persona, que constituye el *trust* (*settlor*), mediante el que se pone a disposición de otra persona (*trustee*) una serie de bienes o activos –controlados por esa persona–, en interés de un beneficiario (*beneficiary*) o con un fin determinado. El *trust*, que como tal no existe en Europa Continental, no siempre implica la participación de tres personas diferentes, ya sean personas físicas o jurídicas. Así, el *settlor* puede nombrarse a sí mismo como *trustee* o como *beneficiary*, y pueden existir varios *trustees* o varios *beneficiaries*, como es el caso del modelo planteado de *leveraged lease*. En este sentido, en torno al *leasing* de aeronaves se constituyen *trust* con el objetivo de crear y administrar el patrimonio –formado por aeronaves–, con el fin último de obtener rentabilidad fiscal (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 1054-1055).

Los pagos del *leasing* realizados por el arrendatario al arrendador son distribuidos entre el prestamista a largo plazo, con el objetivo de cubrir los intereses y la amortización del coste de la aeronave, y el socio capitalista, siguiendo un programa estructurado establecido previamente. Esto se debe realizar así, para que el socio capitalista conserve el riesgo del 20% del coste no amortizado de la aeronave, a lo largo de todo el período de *leasing*. Si no se mantiene este porcentaje, la autoridad fiscal, podría clasificar el *leasing* como una venta condicionada, por lo que el socio capitalista perdería los derechos a las ventajas de la depreciación del bien como consecuencia del *leasing* y sufriría todas las penalizaciones derivadas de este cambio de clasificación de dicha operación comercial.

Por último, el acuerdo de alquiler generalmente contiene una opción de compra en favor del arrendatario por un valor que corresponderá al importe que sea el mayor entre la cantidad no amortizada del coste de la aeronave al finalizar el *leasing* y el valor razonable de mercado<sup>85</sup>.

**41.** Dentro del *leveraged lease* de Estados Unidos, se debe destacar una estructura denominada *Pickle Lease*, un poco más compleja, que surgió en respuesta a una legislación más restrictiva, desarrollada para acabar con los beneficios fiscales del *leasing* internacional en Estados Unidos.

Hasta 1984 no existían diferencias dentro de la legislación fiscal de Estados Unidos en cuanto a las operaciones de *leasing* entre los arrendatarios que estaban sujetos a tributar en Estados Unidos, y los arrendatarios extranjeros y otros arrendatarios que no estaban obligados a tributar. Por lo tanto, las operaciones internacionales de *leveraged lease* estadounidenses supusieron una gran ventaja para las aerolíneas extranjeras que se encontraban con reducciones importantes en los impuestos a través del *leasing*; pero por otro lado, suponía una importante salida de dinero en la Tesorería de Estados Unidos.

Así que en 1984, el J. J. Pickle, congresista estadounidense, y el senador Bob Dole, cambiaron la legislación tributaria de Estados Unidos para restringir la depreciación cuando se trataba de propiedades utilizadas por entidades exentas de pagar impuestos, incluyendo empresas extranjeras no sujetas a la tributación federal estadounidense<sup>86</sup>. En base a estas nuevas disposiciones, los activos alquilados a una empresa exenta de pagar impuestos tenían que ser amortizados a una tasa constante sobre el período más largo de la vida útil según la clasificación establecida legalmente, es decir el 80% de la vida útil en el caso de las aeronaves, frente a la amortización acelerada; y la depreciación se tenía que realizar sobre el 125% de la duración del período de *leasing*, en lugar de sobre el 100%, como se venía haciendo hasta el momento<sup>87</sup>.

Esta nueva legislación supuso un control para los *leasing* internacionales estadounidenses, pues reducía el coeficiente bajo el cual los arrendadores estadounidenses podían amortizar los activos que eran alquilados a las aerolíneas extranjeras, las cuales estaban exentas de pagar impuestos. Las disposiciones elaboradas por el congresista Pickle reducían los beneficios fiscales de las amortizaciones casi a cero, así que las partes interesadas y sus asesores desarrollaron nuevas estructuras de *leasing* para solucionar este problema, por lo que surgió el denominado *Pickle Lease*, a través del cual se conseguía mejorar los beneficios como consecuencia de la amortización del bien para el arrendador<sup>88</sup>. No se va a tratar en profundidad esta estructura, porque en el año 1996 las autoridades fiscales norteamericanas realizaron nuevos cambios que provocaron que las operaciones de *leasing* a través de esta estructura dejasen de interesar económicamente, y por lo tanto, de utilizarse como modo de financiación de las aeronaves. Sin embargo, el recurso al *leveraged lease* sí que está muy extendido tanto en Estados Unidos como en Europa, como forma de financiación de las aeronaves, a pesar de que se han ido modificando las legislaciones, especialmente en Estados Unidos, para que se reduzcan las ventajas fiscales derivadas de la amortización de las aeronaves.

<sup>85</sup> Para un análisis de más profundo del *U.S. leveraged lease* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 202-204.

<sup>86</sup> Las entidades que están exentas de pagar impuestos se caracterizan por incluir a todas las personas y empresas extranjeras, a menos que el 50% de sus ingresos estén sujetos al régimen fiscal federal estadounidense. La mayoría de los arrendatarios que usan activos fuera de Estados Unidos en un negocio que efectivamente no está conectado con un comercio o negocio estadounidense, son clasificados como entidades exentas de pagar impuestos a estos efectos (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 204).

<sup>87</sup> Esta disposición también era conocida como enmienda "*Pickle-Dole*".

<sup>88</sup> Para un análisis en detalle del funcionamiento del *Pickle Lease* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 204-207.

## B. *United States Foreign Sales Corporation Leases*

42. Las *United States Foreign Sales Corporation (FSC)* eran corporaciones domiciliadas fuera de los Estados Unidos con el objetivo de facilitar las exportaciones desde Estados Unidos. Sus ventajas provenían de los beneficios fiscales que obtenían estas sociedades bajo las leyes fiscales estadounidenses, y que fluían hacia sus sociedades matrices norteamericanas y últimamente, en parte, hacia arrendatarios extranjeros de aeronaves.

Las *FSCs* son las sucesoras de las *Domestic International Sales Corporation (DISCs)* que se crearon en Estados Unidos en 1971 para estimular las exportaciones. Las *DISCs* eran empresas nacionales que aplazaban el pago de impuestos de los beneficios a las exportaciones. En el caso de Boeing, cuando éste tenía que entregar aeronaves a una aerolínea extranjera, el fabricante norteamericano cedía el acuerdo de compra principal a una *DISC*, es decir, a *Boeing International Sales Corporation* constituida en Delaware. La *DISC* entregaba las facturas de compra a la aerolínea compradora, pero Boeing como fabricante tenía todas las obligaciones respecto al comprador, tales como las garantías, de tal manera que el comprador no se veía perjudicado por la cesión. Como la *DISC* no pagaba impuestos hasta que no se distribuyesen los beneficios de esa operación, Boeing podía usar esos fondos libres de intereses, que de cualquier otra manera hubiera tenido que pagar. Sin embargo, algunos Estados firmantes del GATT consideraban que se estaban dando subsidios ilegales a la exportación a través de las *DISCs*, así que en 1984 se elaboró una nueva legislación en la que se creaban las *FSCs*, a través de las cuales se diseñaba un sistema impositivo para las exportaciones, que sí que cumplía con los requisitos del GATT<sup>89</sup>. En el año 2000, en Estados Unidos, las operaciones de *leasing* a través de las *FSCs* se convirtieron en la principal forma de financiar aeronaves y de obtener ventajas fiscales.

En consecuencia, la Comisión Europea, defendiendo los intereses de Airbus y Fokker (fabricante de motores), denunció ante la OMC (Organización Mundial del Comercio) los beneficios que proporcionaban las *FSCs* a los fabricantes de Estados Unidos<sup>90</sup>. Mientras que las Agencias de Crédito a la Exportación (*Exportation Credit Agencies-ECAs*) de Estados Unidos y de Europa proporcionaban un apoyo similar a Boeing y Airbus respectivamente, era bastante evidente que no existía una forma de financiación similar a las *FSC* en el caso de Airbus. Así que en Noviembre del 2000, cediendo a las presiones de los europeos ante la OMC, los Estados Unidos promulgaron una legislación que reemplazaba las *FSCs* por una nueva versión denominada *Extraterritorial Income (ETI)*, a través de las cuales llevar a cabo los *leasing*.

La nueva legislación recogía de forma similar las disposiciones de las *FSCs* con modificaciones en aquellas partes que la OMC consideraba que eran subsidios a la exportación<sup>91</sup>. Sin embargo, esto tampoco satisfizo a la Comisión, que presentó otra denuncia ante la OMC en Septiembre del 2001 y aunque Estados Unidos apeló ante la OMC, fue rechazada en Enero de 2002. Finalmente, las estructuras conocidas como *ETIs* fueron derogadas como consecuencia de las presiones de la OMC -como había sucedido con las *FSCs*-, por el Congreso de Estados Unidos en octubre del 2004, a través de la legislación fiscal federal conocida como *American Jobs Creation Act of 2004*. No obstante, la mayoría de las aerolíneas e inversores fueron prudentes y evitaron realizar transacciones a través de las *ETIs*, por las posibles indemnizaciones derivadas de los cambios en la ley que no suponían derechos adquiridos, y no resultar así perjudicados, en el caso de que el Congreso estadounidense derogase la legislación de las *ETIs* -cumpliéndose al final las previsiones de aerolíneas e inversores-<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> El GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), también llamado Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio fue firmado en 1947 por veintitrés países y fue creado con el objetivo de favorecer el libre comercio. En 1995, el GATT se transformó en la OMC (Organización Mundial del Comercio), también conocida como WTO (*World Trade Organization*), que es la que sigue operando en la actualidad y que ha seguido trabajando en estos aspectos a través de reuniones de negociaciones entre los países, conocidas como Rondas. La página de la WTO está disponible en línea en <https://www.wto.org> (consultado el 5 de junio de 2016).

<sup>90</sup> I. VERCHÈRE, "Airbus Challenges U.S. FSC leasing", *Aircraft Leasing*, Aug./Sept. 1992, p. 4.

<sup>91</sup> R. CROWLEY, "Proceed with caution", *Airfinance Journal*, Jun. 2001, p. 38.

<sup>92</sup> Cuando la legislación de las *FSCs* fue derogada, el Congreso estableció que cualquier transacción llevada a cabo por *FSCs* antes de Noviembre de 2000 estaría protegida por los derechos adquiridos antes de que expirasen. Sin embargo, no se podía decir lo mismo en cuanto a las *ETIs*, pues lo anterior no estaba asegurado, ya que las normas que las regulaban podían

**43.** Como las *ETIs* son similares a las *FSCs* y existen muy pocas transacciones que involucren a las *ETIs* en la industria aeronáutica, se van a analizar las *FSCs*, porque además los derechos adquiridos con dichas estructuras siguen teniendo efectos en la actualidad<sup>93</sup>.

Para poder utilizar una *FSC* como una estructura de *leasing*, el activo debe ser calificado como una propiedad para la exportación y estar localizado fuera de Estados Unidos durante más del 50% del tiempo o más del 50% de las millas de la aeronave deben haberse realizado fuera de Estados Unidos<sup>94</sup>. De la misma manera, que para que una corporación sea calificada como una *FSC* se deben cumplir una serie de criterios, entre lo que se pueden citar: que dicha empresa sea creada, organizada o cuya posesión sea de Estados Unidos o de un país extranjero, que no pueden tener más de veinticinco accionistas, mantener una oficina fuera de Estados Unidos (incluidos registros y libros de contabilidad); y una localización dentro de Estados Unidos, con ciertos registros necesarios para la determinación del tipo impositivo en Estados Unidos que debía pagar dicha *FSC*<sup>95</sup>.

Había dos estructuras de *leasing* disponibles para ser utilizadas a través de las *FSCs*, que fundamentalmente se podían clasificar como *leveraged leases*, como consecuencia de los beneficios fiscales que se podían obtener de las *FSCs* bajo el derecho tributario de Estados Unidos. Estas dos estructuras eran por un lado las *Commission-FSCs* (*C-FSCs*) y por otro lado, las *Ownership-FSCs* (*O-FSCs*), que eran diferentes tanto por las consecuencias fiscales de una y otra, como por la complejidad derivada de que el objeto del *leasing* eran las aeronaves.

Cuando se trataba de una aeronave que iba a ser alquilada a una aerolínea de Estados Unidos se debía utilizar una estructura *C-FSC*, pero si se iba a realizar un *leasing* a una aerolínea extranjera entonces se debía recurrir a una *O-FSC*. La razón económica para utilizar una *C-FSC* en una operación de *leasing* cuando se trataba de una aerolínea nacional estadounidense era porque el valor actual neto de los impuestos ahorrados como consecuencia de las deducciones por depreciación a una tasa impositiva del 34%, en contraposición al 23,8% atribuible a una *O-FSC*, era mayor que el valor actual neto de los impuestos ahorrados generados por la aplicación de la tasa impositiva más baja de las *O-FSC* a la renta neta obtenida por el *leasing*. Mientras que, cuando se trataba de una operación de *leasing* en la que intervenía una empresa extranjera, la depreciación era mucho más baja y el interés deducido se quedaba fuera de la *FSC*, por lo que cualquier corporación prefería la aplicación de una tasa impositiva del 23,8% a la renta neta por el *leasing*, bajo la forma de una *O-FSC* en vez de utilizar una estructura *C-FSC*<sup>96</sup>.

Aunque se van a estudiar las dos, se estudiará en profundidad las *O-FSC* por tratarse de estructuras destinadas a operaciones de *leasing* internacional.

**44. *Commission FSC (C-FSC)*.** En una *C-FSC*, la sociedad matriz estadounidense u otra filial de la *FSC* que es la propietaria de la aeronave, es la que se beneficia de la depreciación del bien. Esta empresa arrendadora pagaba a la *FSC* una parte de la renta anual neta imponible derivada de las cuotas del *leasing* de la aeronave, como una comisión por su papel en el acuerdo de la operación de *leasing* y un porcentaje de esta comisión estaba exenta de los tributos federales estadounidenses. Pero durante los primeros años del *leasing*, como la empresa arrendadora tenía pérdidas por dicha operación, dicha comisión no se pagaba. Cuando ya se había realizado la amortización de la aeronave, entonces ya se podían pagar impuestos por el *leasing* y se comenzaba a pagar la comisión antes mencionada<sup>97</sup>. Esta comisión

---

cambiar atendiendo a las presiones realizadas por la Comisión Europea, como efectivamente sucedió a finales del 2004 (S. JOSSELSOON, "End of the Line for the ETI", *Airfinance Journal*, feb. 2002, p. 23).

<sup>93</sup> Para conocer en detalle los efectos de este tipo de corporaciones, entre ellos los beneficios fiscales que perciben, hasta el momento actual *vid.* "Form 1120 FSC, U.S. Income Tax Return of a Foreign Sales Corporation", disponible en línea en <http://www.irs.gov/uac/Form-1120-FSC,-U.S.-Income-Tax-Return-of-a-Foreign-Sales-Corporation> (consultado el 5 de junio de 2016).

<sup>94</sup> Tal y como se establecía en la Sección 927(a)(1) del *United States Internal Revenue Code*, que es la legislación que establece el régimen tributario y la última actualización corresponde al año 1986 (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 210).

<sup>95</sup> Todos los requisitos necesarios para que una corporación sea considerada una *FSC* están en la Sección 922(a)(1) del *United States Internal Revenue Code* (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 210-211).

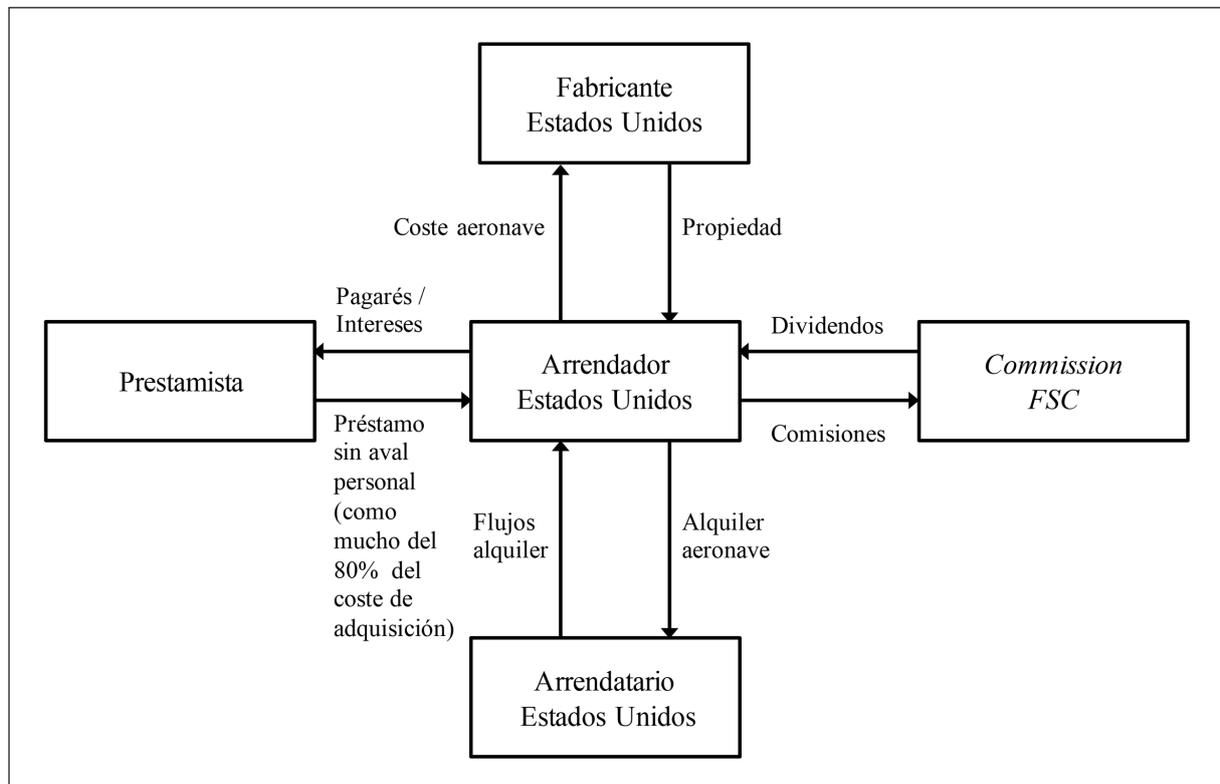
<sup>96</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 211.

<sup>97</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 212.

suponía el 23% de la renta neta imponible de la transacción por cada año, pero la *FSC* no tenía que pagar impuestos en relación con el 15% de dicho importe<sup>98</sup>. Además, la comisión era devuelta a la sociedad matriz en forma de dividendos, que estaban exentos de tributación.

El impacto económico de este mecanismo de la comisión era que la tasa impositiva federal se veía reducida del 34% al 28,9%, una vez que sobre el *leasing* se empezaban a pagar impuestos.

45. A continuación, se presenta el esquema de la estructura *C-FSC*:



#### Estructura de la *Commission FSC* (C-FSC) de Estados Unidos.

Fuente: D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 213.

46. **Ownership FSC (O-FSC).** Cuando se trataba de *leasing* de aeronaves para aerolíneas extranjeras, en general, resultaba más económico utilizar una estructura *O-FSC*. En estas estructuras, es la *FSC* la propietaria de la aeronave, y no la empresa estadounidense que realiza la aportación principal de recursos, como ocurría con las *C-FSC*. Bajo estas estructuras, aunque la *FSC* no se beneficiaba del mecanismo de la comisión propio de las *C-FSC*, el 30% de la renta neta imponible de la *O-FSC* estaba exenta de pagar impuestos en Estados Unidos.

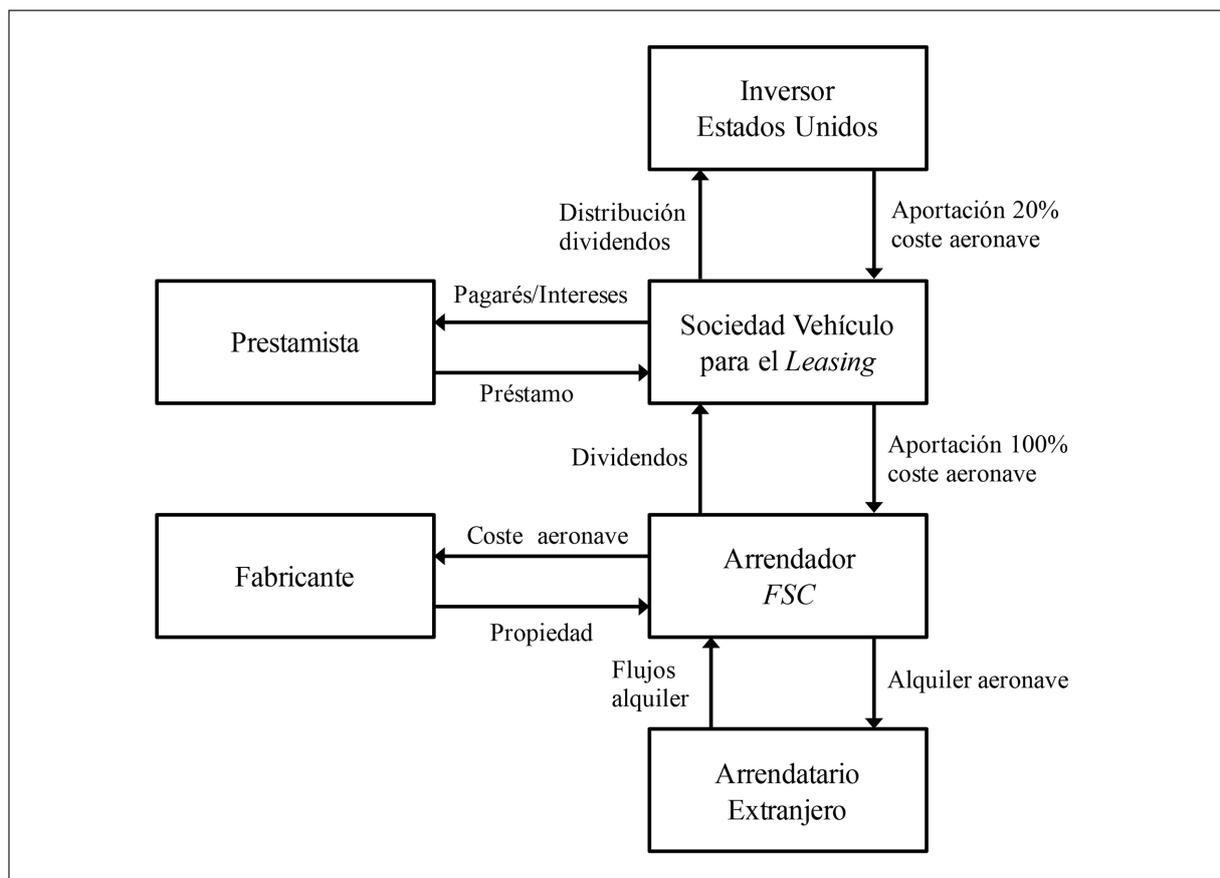
Económicamente, esto se reflejaba en que la tasa impositiva marginal aplicable a la renta imponible neta era del 23,8% para las *O-FSC*, frente a la tasa federal genérica del 34%. Este 30% de reducción de la tasa impositiva, hacía de las *O-FSC* una forma de financiación diferente para las aerolíneas extranjeras. En este sentido, las otras alternativas como era el *Pickle Lease*, no resultaban ser tan atractivas, pues la amortización se tenía que realizar a una tasa constante durante 12 años o la duración del *leasing* tenía que ser del 125%, cuando se trataba de activos situados en el extranjero.

47. Esta estructura en principio tan ventajosa, planteaba dos problemas. El primero se trataba de que era complicado para los economistas de la *O-FSC* por un lado, identificar los gastos que no eran

<sup>98</sup> El importe de la comisión se determinaba aplicando unas reglas de transferencia de precios establecidas en la Sección 925 del *United States Internal Revenue Code*, antes mencionado (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 212).

atribuibles a la *FSC*, a los cuales se les aplicaba la tasa impositiva marginal máxima; y por otro lado, minimizar los gastos asignados a la *FSC*, a los que se les aplicaba la tasa impositiva marginal más baja, *ad. ex.* si el *leasing* se realizaba a través de un préstamo, era obligatorio que a los intereses se les aplicara la tasa impositiva más alta. Con lo cual, se introducía un riesgo impositivo para el arrendador, así como problemas de contabilidad si las actividades de la *FSC* no eran calificadas como tales y los gastos asociados no se podían beneficiar de una tasa marginal impositiva más baja.

El segundo problema de estas estructuras estaba relacionado con la deuda. Como resultado de la estructura impositiva del *leasing*, el prestamista de la *O-FSC* no podía obtener un interés garantizado sobre la aeronave que estaba siendo financiada, como por ejemplo a través de un aval. Por lo que, sólo las aerolíneas importantes podían participar en las *O-FSCs*, ya que los prestamistas no querían añadir mayores riesgos crediticios a estas estructuras que ya de por sí eran arriesgadas en su concepción. A continuación, se muestra la estructura típica de una *O-FSC*, para comprender mejor su funcionamiento<sup>99</sup>.



#### Estructura de la *ownership fsc (o-fsc)* de Estados Unidos.

Fuente: D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 215.

### C. *Japanese Leveraged Lease*

48. Los tipos de *leasing* conocidos como *Japanese Leveraged Leases (JLL)* son los sucesores de los no menos conocidos, pero de corta vida, *Samurai leases* y *Shogun leases*, que por los años 80 se convirtieron en un forma muy común de financiación de aeronaves dentro de la industria aeronáutica<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Para entender el funcionamiento de las *FSCs* y sus estructuras de *leasing* vid. N.-J. BLOCK ET. AL., "Aircraft Leasing and Foreign Sales Corporation Benefits", *The FSC/DISC Tax Association, Inc., Conference on Structuring Export Lease Finance Transactions Using FSCs*, Nueva York, Oct. 1990; I. VERCHÈRE, "Airbus Challenges U.S. FSC leasing", *Aircraft Leasing*, Aug./Sept. 1992, p. 4.

<sup>100</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 216.

Los japoneses desarrollaron el *Samurai lease* como un programa destinado a financiar la compra de activos extranjeros, entre ellos las aeronaves, para reducir el superávit en su balanza comercial y de pagos con otras naciones, en especial con Estados Unidos, pero sin tener que inundar a la vez su propio mercado con bienes extranjeros<sup>101</sup>. Se dieron cuenta de que bajo las reglas del comercio internacional, podían comprar aeronaves que eran calificadas como importaciones en su balanza comercial, sin tener que atravesar realmente la frontera japonesa. Por esta razón surgió este sistema mediante el cual, las compañías de *leasing* japonesas pedían prestados fondos a *Japanese Exim Bank* a un tipo de interés fijo y bajo, para comprar aeronaves fabricadas en el extranjero, que a su vez eran alquiladas durante diez años a aerolíneas extranjeras.

Pero este programa no estaba disponible para las aerolíneas estadounidenses, en caso de que la compra de la aeronave no podiera ser calificada como exportación desde Estados Unidos o de importación hacia Japón, lo cual se producía cuando la aeronave se quedaba en Estados Unidos. Por lo que Estados Unidos presionó para que el programa terminara, al considerar que se trataba de una financiación a un coste bajo para las aerolíneas internacionales competidoras de las estadounidenses, lo que llevaba a una competencia desleal. Así que en mayo 1979 dicho programa finalizó.

Sin embargo, el *Shogun leases*, cuya duración también fue corta, concretamente entre los años 1981 y 1983, vino a sustituir al *Samurai lease*. En este caso el gobierno japonés no daba subsidios como en el *Samurai lease*, sino que ofrecía ventajas si las actividades comerciales se realizaban en yenes, por las rentas generadas a las aerolíneas en sus rutas por Japón. Así que otras aerolíneas fueron atraídas por el bajo coste de la financiación, a pesar de los riesgos del tipo de cambio. Entre ellas estaban Pacific Southwest Airlines, Aerolíneas Argentinas, Trinidad y Tobago Airways, Varig, American Airlines y TWA.

Pero el hecho de que el diferencial entre los costes de financiación entre el yen y el dólar comenzase a descender, unido a que las condiciones financieras de las principales aerolíneas del mundo estaban empeorando susceptiblemente, llevó a la desaparición de los *Shogun leases*.

49. Sin embargo, el gobierno japonés no quería renunciar a lograr reducir el superávit comercial internacional, mediante el *leasing* de los bienes de equipo, como eran las aeronaves. Por lo que surgieron las estructuras conocidas como *Japanese Leveraged Lease (JLL)*, que se podían realizar sobre todos los bienes de equipo, que fuesen susceptibles de amortización a efectos fiscales. La estructura de los *JLL* permitió a los inversores japoneses actuar como arrendadores formando un grupo denominado *Tokumei Kumiai (TK)*, para diferir sus impuestos sobre la renta, a través de la depreciación del 100% del coste de los activos para los coeficientes propuestos de amortización<sup>102</sup>. Los beneficios diferidos eran compartidos con la aerolínea arrendataria, ya que los alquileres que tenían que soportar eran más bajos. Dichos beneficios, si los expresamos en términos del valor actual neto -calculado como ya se ha visto-, aplicando un factor de descuento a las rentas futuras utilizando para ello la tasa de interés implícita del *leasing*, y en comparación con el coste original del bien, nos da como resultado entre un 12% y un 14% atribuibles al *JLL*, frente al 7% u 8% que se obtenía en condiciones normales en la industria aeronáutica<sup>103</sup>.

Sin embargo, para que una estructura fuera considerada un *JLL* y beneficiarse de la misma tenía que cumplir un conjunto de reglas fijadas por la Administración Fiscal Nacional Japonesa (*Japanese National Tax Administration – NTA*), que entre otras muchas cosas establecía que la inversión en capital tenía que ser de al menos el 20% del coste original de los bienes de equipo, que la aportación del capital tenía que ser realizada completamente antes de la entrega de estos bienes o que el año de finalización de la inversión de los inversores japoneses en el *TK* tenía que ser el mismo que el de la terminación del *leasing*<sup>104</sup>. La duración de la operación llevada a cabo a través de un *JLL* solía durar entre 10 y 12 años como máximo<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Esto se produjo porque en esa época hubo presiones por parte de la comunidad de comercio internacional para que Japón redujera su desequilibrio comercial (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 216).

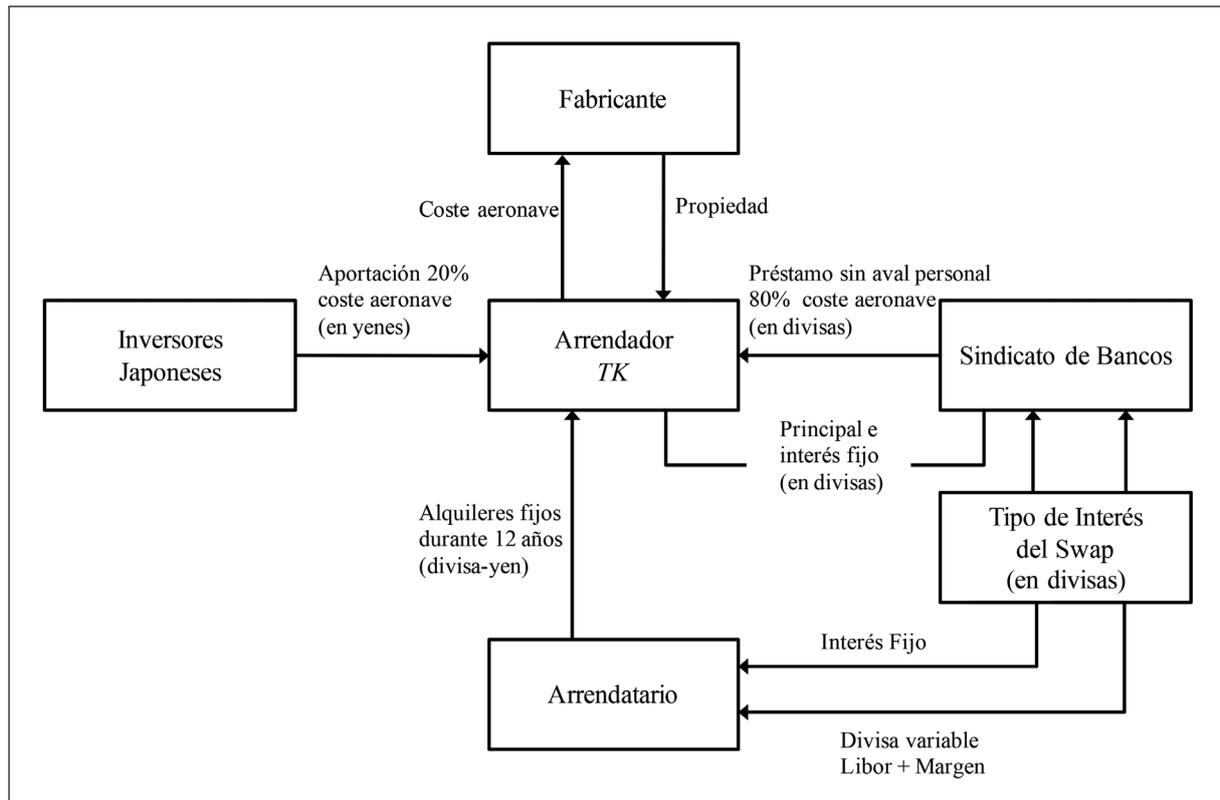
<sup>102</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 2167.

<sup>103</sup> R. GRONDINE/ H. HIROSE, "The Story So Far", *Airfinance Journal*, Nov. 1998, p. 34.

<sup>104</sup> Para ver un análisis detallado de los requisitos establecidos por el *NTA* Vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 218.

<sup>105</sup> J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, p. 262.

A continuación, se muestra el esquema simple de la estructura típica de un *JLL*.



#### Estructura del *japanese leveraged lease*

Fuente: D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 219.

50. Sin embargo, las estructuras se complicaron por una innumerable lista de variables, tales como cambios en las reglas de la *NTA*, diferencias en las divisas, tipos de préstamos variables o fijos, impuestos sobre el capital, impuestos sobre las ventas o los apoyos de los gobiernos a los fabricantes, entre otros muchos<sup>106</sup>.

Aunque el valor de las aeronaves que fueron financiadas a través de *JLL* desde el año 1992 llegó a ser de miles de millones de dólares, el modo de invertir de los inversores japoneses comenzó a cambiar. Cuando la economía japonesa estalló, los tipos de interés del yen comenzaron a caer y el aplazamiento de los impuestos para los japoneses interesados en invertir comenzó a ser cada vez menor. Finalmente, en octubre de 1998, el gobierno japonés provocó el descenso en la utilización de los *leveraged lease* para transacciones internacionales, al cambiar el método de amortización, cuando se trataba de bienes adquiridos bajo un contrato de *capital lease* que iba a ser utilizado fuera de Japón por una empresa no residente<sup>107</sup>. Sin embargo, el *JLL* ha continuado de manera limitada dentro de Japón.

#### D. German Leveraged Lease

51. El *German Leveraged Lease (GLL)* se ha venido utilizando para financiar o bien a las aerolíneas alemanas o a aeronaves de fabricación alemana o europea y ofrece la oportunidad a inversores privados, frente a las corporaciones, de diferir el pago de sus impuestos en inversiones mobiliarias e

<sup>106</sup> Para verificar la complejidad que pueden adoptar estas estructuras de *leasing* en relación con una aeronave, en la que el arrendatario era una aerolínea canadiense *vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 219-221.

<sup>107</sup> En concreto, el método de amortización aplicable para los acuerdos de *leasing* realizados a partir del 1 de octubre de 1998 era el método lineal o constante.

inmobiliarias, en este caso en aeronaves. Normalmente estos inversores eran entes privados con rentas muy elevadas como los *freelance*, que podían invertir sus excesos de renta en una sociedad, que adquiere aeronaves, y que a su vez los arrienda a terceros, de forma que los inversores privados recuperan la inversión más la plusvalía al cabo de los años<sup>108</sup>.

**52.** La estructura partía de la creación de una sociedad limitada alemana, en la que participaban inversores individuales que aportaban entre 50.000 y 100.000 marcos alemanes cada uno. Esta sociedad arrendadora adquiriría la aeronave o bien de la aerolínea (*leasing* de retorno o también llamado *Sale and Leaseback* que se verá posteriormente) o del fabricante a través de un contrato de compraventa. La compra de la aeronave era financiada entre un 20% y un 50%, o en algunos casos más, por un préstamo conseguido que se devuelve mediante la venta de los flujos de renta del *leasing*, de forma que dicho prestamista, como puede ser un banco, no puede reclamar esa cantidad financiada al arrendador en el caso de que el arrendatario dejase de pagar<sup>109</sup>. Como en la mayoría de las estructuras del tipo *leveraged lease*, el arrendador tenía que ser el propietario de la aeronave, para que pudiese llevar a cabo la depreciación de dicho bien y por lo tanto, la duración del *leasing* no podía exceder del 90% de la vida útil de la aeronave.

En un principio, como propietario de la aeronave, el arrendador también tenía que participar en el valor residual de la aeronave al finalizar el período de *leasing*, mientras que el arrendatario tenía que estar seguro de poder comprar la aeronave. Normalmente en la mayoría de estas transacciones, aunque no siempre, se llegaba al acuerdo de que el arrendador iba a recibir por parte del arrendatario –cuando realizaba su ejercicio de opción de compra- aproximadamente el 25% del exceso del valor de mercado de la aeronave sobre los costes amortizados del arrendador, mientras que el arrendatario estaba obligado a cubrir cualquier déficit cuando los beneficios de la venta de la aeronave estuviesen por debajo de los costes amortizados del arrendador<sup>110</sup>.

**53.** Al igual que ocurrió con los *JLL*, cuando se modificaron las leyes tributarias alemanas los *GLL* dejaron de resultar tan atractivos a finales de los años 90. Sin embargo, durante un breve período, en diciembre del 2001, se volvió a recurrir a esta forma de *leasing*, pero con variaciones para evitar las restricciones de las nuevas disposiciones alemanas, siendo este el caso de Air Canada, que financió la adquisición de tres aviones Airbus A321<sup>111</sup>. Esta transacción se llevó a cabo teniendo en cuenta que con las nuevas regulaciones tributarias alemanas se transfería más riesgo a los inversores, algo con lo que no estaban de acuerdo todos los inversores, así que la nueva estructura del *GLL* rápidamente desapareció<sup>112</sup>. La disminución del uso de los *JLL* y de estas últimas estructuras de *GLL*, hizo que se redujera el *leasing* internacional a gran escala a nivel mundial.

**54.** Para entender mejor los *GLL*, se va a explicar la operación que llevó a cabo Iberia en el año 2000 para la renovación de su flota en los cinco años siguientes y que se estimaba en un valor de 3.600 millones de euros. Se trataba de la adquisición de dos aviones Airbus A340 y decidieron financiarla a través de un *GLL* para aprovechar las ventajas fiscales que ofrecía a los inversores privados, que a su vez cedían parte de su beneficio y así Iberia tenía que desembolsar menos capital para adquirir las aeronaves<sup>113</sup>. Se pasan a desglosar los detalles de la operación, dividiéndose en varias fases para que se comprenda mejor, dada la complejidad de la operación, sin que ello implique que no haya simultaneidad en el tiempo en algunas fases, aunque no coincide exactamente con la estructura originaria del *GLL*.

<sup>108</sup> J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, p. 262.

<sup>109</sup> Como ya se ha visto antes en otros tipos de *leasing*, se trataría de un préstamo que no está garantizado por ningún aval personal, de forma que no aparece en el balance de situación del arrendador, como deuda en el pasivo y no se incrementa su ratio de endeudamiento.

<sup>110</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 224.

<sup>111</sup> Para conocer las características de esta operación de *leasing* vid. A. METHA, *International Taxation of Cross-Border Leasing Income*, IBFD (International Bureau of Fiscal Documentation), the Netherlands, 2005, pp. 115-117.

<sup>112</sup> “Cathay Struggles to get Lease Equity”, *Airfinance Journal*, Dec. 2001, p. 8. Sin embargo, estas nuevas estructuras de *GLL* seguían conservando las ventajas fiscales de las estructuras originarias de *GLL*.

<sup>113</sup> J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, pp. 263-265.

HFS Leasingfonds GmH & Co es la compañía alemana creada por Hypobank (banco de inversores alemanes) que sirve de vehículo para los inversores privados alemanes, denominada con las siglas *KG*, de aquí en adelante y que es el arrendador<sup>114</sup>. Pues bien, esta sociedad es la que compra la aeronave a Airbus, por lo que es la propietaria del avión durante la operación de financiación. Los fondos de la *KG* para comprar el avión provienen en un 55,61 % de un préstamo concedido por el banco alemán Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), en un 28,64% de los inversores alemanes y en 15,75% de un préstamo que concede Iberbus a los inversores alemanes y que como se puede comprobar en la estructura realizada a continuación se ha denominado depósito C. Por lo tanto, para la compra de la aeronave el arrendador, la *KG*, obtiene los fondos en un 44,39% de los inversores alemanes, aunque el 15,75% proceda de manera indirecta de un préstamo realizado por Iberbus a dichos inversores –esto es el depósito C-, y en un 55,61% de un préstamo del banco alemán KfW. Dicho préstamo es repagado el mismo día de su concesión a través de la venta de las futuras rentas del *capital lease*. (Vid. FASE 1 en la estructura del *GLL*).

Por otro lado, Iberbus –que ha sido mencionada arriba- en realidad es denominada Iberbus Ltd., que es una compañía irlandesa creada para servir de vehículo a la operación de *GLL*, siendo sus accionistas en un 40%, la aerolínea Iberia y en un 60%, el fabricante Airbus. Las aportaciones de capital de ambos socios suponen un 27% de los fondos necesarios para adquirir el avión, mientras que el restante 73% es cubierto por un préstamo del Banco Europeo de Inversiones (BEI). Por otra parte, el importe de dicho préstamo es avalado por los bancos garantes con el objetivo de asegurar la devolución del préstamo al BEI, en el caso de que Iberbus no pudiera hacer frente a las cuotas del préstamo. Estas entidades son sindicatos de bancos, que en este caso concreto son el entonces conocido como Banco Central Hispano y el Banco Popular, como bancos españoles, y el KfW y el Commerzbank, siendo estos bancos alemanes. (Vid. FASE 2 en la estructura del *GLL*).

El arrendador, en este caso la *KG*, arrienda la aeronave a Iberbus durante 10 años y esta operación dentro de todo el conjunto del *leasing* es denominada *head lease*. En cuanto a los flujos principales que realiza Iberbus para pagar dicho arrendamiento son los siguientes: el 55,61% de los fondos necesarios mediante la venta a valor actual neto de las rentas futuras del *head lease*; el préstamo que realiza al arrendador, la *KG*, por el 15,75% del importe de compra, a través del depósito C; y además realiza dos depósitos bancarios más, que son denominados A y B, por el 22,5% de la operación. El depósito A es un depósito a largo plazo por el importe del 17% del importe global de la compra y que garantiza la aportación inicial de los inversores alemanes con fondos propios al cabo de los diez años, que ascendía al 28,64% del valor de la aeronave. El depósito B por el contrario, es un depósito a corto plazo por el 5,5% del importe global del avión y que garantiza el pago de dividendos mínimos a los inversores alemanes durante los diez años del arrendamiento y que es exigido por la legislación fiscal alemana. Los fondos A y C tienen como fin último asegurar el repago de los fondos aportados por los inversores alemanes, de forma que se eliminan los riesgos para los inversores privados y además, con el depósito B tienen garantizados unos dividendos mínimos. Siguiendo con el tema de los beneficios, a Iberbus le quedaría un 6,14% de los fondos que posee para la adquisición de la aeronave, que se correspondería con el beneficio fiscal que ceden los inversores alemanes y que obtiene Airbus por realizar el *GLL*<sup>115</sup>. (Vid. FASE 3 en la estructura del *GLL*).

Además, Iberbus lo que hace es subarrendar la aeronave a Iberia, que es el operador final, siendo esta operación denominada *sublease* frente al *head lease*. En este caso el que actúa como arrendador es Iberbus e Iberia sería el arrendatario, tratándose en principio de un *operating lease* y no de un *capital lease*<sup>116</sup>. Las cuotas de *leasing* que pagaría Iberia a Iberbus deberían ser del importe necesario para cubrir

<sup>114</sup> *KG* son las siglas en alemán de *Kommanditgesellschaft*, que significa “sociedad comanditaria”.

<sup>115</sup> Como se puede comprobar todos los flujos que realiza Iberbus para pagar el arrendamiento de la aeronave al arrendador, la *KG*, y que son el 55,61%, el 17,75% y el 22,5% suman en total un 93,86%, así que la diferencia hasta el 100% de lo que tiene que abonar da como resultado un 6,14%, que son los beneficios que obtiene Airbus, como socio de Iberbus por realizar la operación de *GLL*. O lo que es lo mismo, es la diferencia entre los depósitos A y B que realiza Iberbus –que son distintos del préstamo de 15,75%, depósito C- y que suman un 22,5%; y la aportación que realizan los inversores alemanes –que no es el préstamo del 15,75%- y que supone un 28,64% del valor de la aeronave.

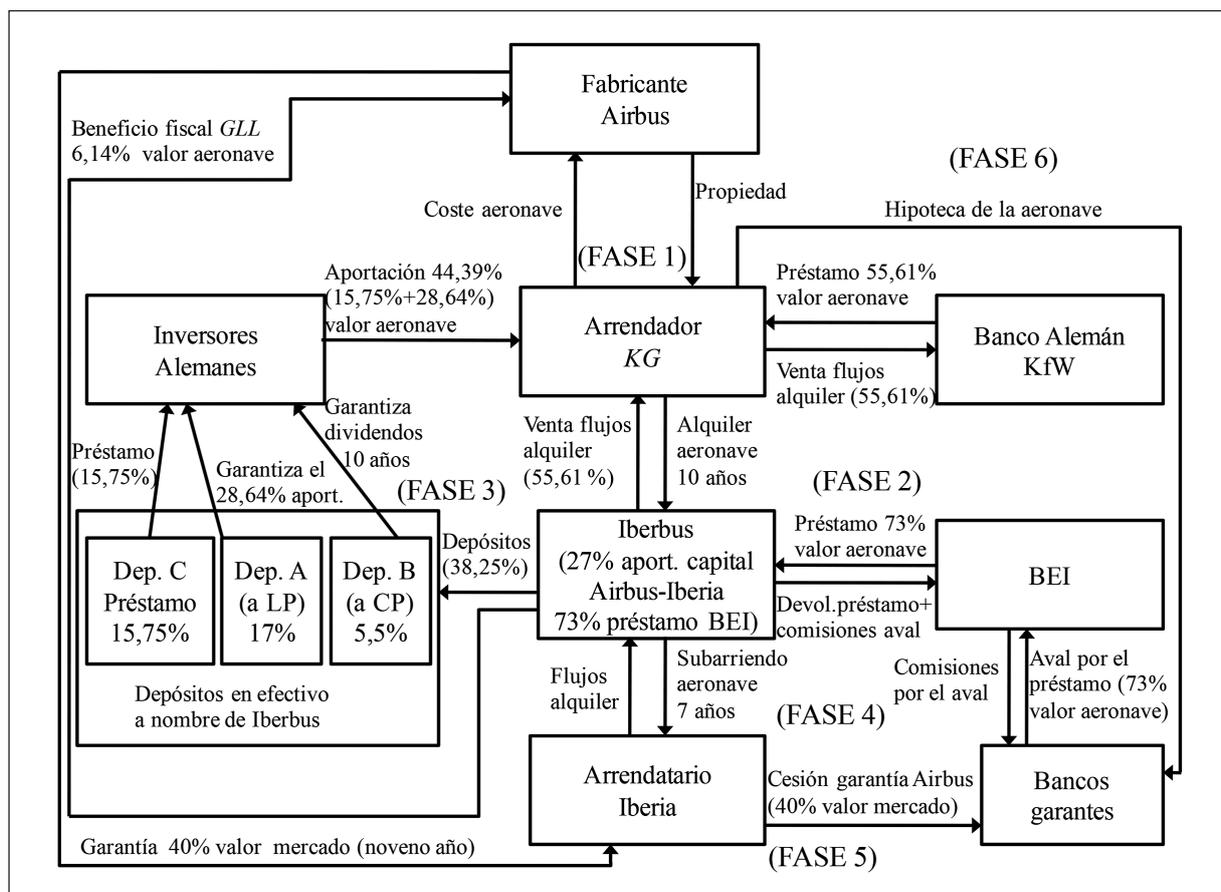
<sup>116</sup> Se matiza que se trata de un *operating lease* en principio, porque dependerá de si finalmente Iberia decide renovar el *leasing*, cancelar el *leasing* o quedarse con la aeronave. En caso de que decida renovar el *leasing* por otros ocho años más como se detalla a continuación, se trataría de un *operating lease*, mientras que si el arrendatario decide cancelar el *leasing* con las condiciones que después se describen o quedarse con la aeronave tras el *leasing*, se trataría de un *capital lease*.

la deuda contraída, los gastos financieros del préstamo del BEI, así como las comisiones de los bancos garantes. La duración inicial del *subleasing* sería de siete años y al final de dicho período Iberia tiene tres opciones: o bien quedarse con la aeronave, o bien renovar el *operating lease* por otros ocho años adicionales –bajo unas condiciones de mercado vigentes en ese momento-, o por último, cancelar el *leasing*. (Vid. FASE 4 en la estructura del *GLL*).

En el supuesto de que Iberia decida teminar con el *leasing*, Airbus tiene un período de dos años para intentar vender el avión en el mercado durante los cuales Iberia debe continuar con las cuotas a lo largo de ese período. Y en el caso de que Airbus no pudiese vender el avión, el fabricante se compromete a comprarlo en el noveno año por el 40% de su valor de venta, siendo este importe por tanto el valor residual de la aeronave. Por lo tanto, Airbus está garantizando al finalizar el año nueve un valor mínimo del 40% del valor de mercado del avión. Sin embargo, esta garantía es cedida a los bancos garantes por parte de Iberia, como arrendatario de la aeronave; que se añade a las comisiones que le paga Iberbus a los bancos garantes por avalarles en el préstamo solicitado al BEI para poder llevar a cabo el *head lease*. (Vid. FASE 5 en la estructura del *GLL*).

Por último, y para acabar de asegurar y garantizar la operación de *leasing*, la *KG*, como propietaria de la aeronave realiza una primera hipoteca sobre la misma a favor de los bancos garantes. Esta garantía se acumula a la pignoración de las cuotas de *leasing* de Iberia, puesto que los flujos del *leasing* son una garantía de que Iberbus va a devolver el préstamo que ha solicitado al BEI –respecto del cual son avalistas los bancos garantes–, y a la garantía del valor residual arriba indicada. (Vid. FASE 6 en la estructura del *GLL*).

En conclusión, esta operación de *GLL* demuestra cómo tanto los fabricantes como las aerolíneas, a través de corporaciones denominadas en inglés *Special Purpose Vehicle (SPV)*, es decir de sociedades creadas para la estructuración jurídica de la operación financiera, se consiguen los objetivos de todas las partes, que son: para los fabricantes vender aeronaves; para las aerolíneas conseguir aeronaves



**Estructura del German Leveraged Lease de Iberia**

Fuente: Elaboración propia a partir de la operación de *GLL* descrita en J.-D. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Aeronáutico*, Industria Gráfica MAE, S.L., Madrid, 2000, pp. 263-265.

para poder realizar sus operaciones; y para los inversores privados por su parte, beneficiarse de que los efectos fiscales de sus excesos de renta se laminen a lo largo del tiempo, puesto que después de unos años recuperan la inversión realizada más la plusvalía. En Estados Unidos la duración de la inversión era de 15 años, en Japón de 12 y en Alemania de 10, tratándose de períodos mínimos.

### E. French Tax Lease

55. El *french tax lease* en inglés, pero denominado en francés *crédit-bail mobilier*, equivale en castellano al arrendamiento financiero, aunque el concepto no es el mismo que lo que se entiende por arrendamiento financiero en Derecho español<sup>117</sup>. Existe una definición exacta en el Derecho francés de lo que comprende el término *crédit-bail mobilier*: “Las operaciones de alquiler de bienes de equipo o de utillaje compradas a los efectos de este alquiler por determinadas empresas que permanecen como propietarias, cuando estas operaciones, cualquiera que sea su calificación, otorgan al arrendatario la posibilidad de adquirir todo o parte de los bienes alquilados, mediante un precio acordado que tenga en cuenta, al menos de algún modo, los pagos realizados correspondientes a los alquileres”<sup>118</sup>.

El *french tax lease* está restringido a la financiación de aeronaves dentro del mercado doméstico y está estrictamente regulado por el “*code monétaire et financier*”. Las compañías que pueden llevar a cabo este tipo de estructuras financieras necesitan una autorización específica desde el *Comité des Etablissements de Crédit* y están sujetas a determinadas condiciones como pueden ser unos requisitos mínimos de capital, ratios financieros restrictivos, y sobre todo tienen la supervisión de la *Commission Bancaire*, que es una agencia gubernamental<sup>119</sup>.

En una típica transacción de *french tax lease*, un grupo de bancos franceses crea expresamente una compañía para un fin concreto, y esta sociedad es conocida como *Groupement d'Intérêt Economique (GIE)*, regulada por el Derecho francés<sup>120</sup>. La *GIE* compra la aeronave nueva y la arrienda a la aerolínea, de forma que es la *GIE* la que se beneficia de la amortización acelerada de la aeronave. Además, dentro del contrato de *leasing* existe una opción de compra para el arrendatario, en virtud de la cual la aeronave puede ser comprada por el valor residual determinado al comienzo del *leasing*, teniendo en cuenta, tal y como se detalla en la definición del *crédit-bail mobilier*, los pagos por el alquiler ya realizados.

56. Se puede afirmar que en el derecho francés únicamente el propietario legal del activo, en nuestro caso la aeronave, tiene el derecho a beneficiarse de la depreciación de dicha aeronave, puesto que no reconoce el concepto de propiedad económica<sup>121</sup>. En este sentido el *french tax lease* podría ser considerado como un *capital lease*<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> Como se verá la tratar el arrendamiento financiero en Derecho español, aunque la propiedad la tiene el arrendador, todos los riesgos los tiene el arrendatario, a diferencia del *crédit-bail mobilier*, por lo que quien puede realizar la amortización del bien es el arrendatario, ya que sería el propietario económico. Además en el arrendamiento financiero del Derecho español aunque también existe opción de compra por parte del arrendatario, el precio de compra por parte del arrendatario no está pactado ya desde el comienzo del *leasing*.

<sup>118</sup> Definición recogida por primera vez en el derecho francés, a través del art. 1.1 Loi n<sup>o</sup>. 66-455, de 2 de julio de 1966, relativo a las empresas que practican el *crédit-bail*, JORF 3 julio 1966, page 5652. Posteriormente esta misma descripción exacta, también ha sido incluida en el art. L313-7.1 del “*Code monétaire et financier*”.

<sup>119</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 228.

<sup>120</sup> Un *Groupement d'Intérêt Economique (GIE)* es una entidad que basándose su existencia en su propia independencia legal, tiene el poder de contratar y adquirir activos por derecho propio. Un (*GIE*) se diferencia de una sociedad en que es fiscalmente y legalmente transparente con respecto a sus miembros. Esto quiere decir que la *GIE* no paga impuestos sobre sociedades, puesto que los beneficios y las pérdidas generadas por la *GIE* son pasados a sus miembros en proporción a los intereses en la propiedad de cada uno de ellos, de forma que son incorporados directamente en los estados financieros de sus miembros. Cada uno de los miembros de la *GIE* son responsables solidarios respecto de las obligaciones que la *GIE* haya adquirido con independencia del tamaño o el porcentaje de participación de sus miembros (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 88).

<sup>121</sup> M. GDANSKI, “The French Tax Lease”, *Airfinance Journal*, Jul. 1991, p. 30; A. WHYTE, “Down, but not quite out”, *Airfinance Journal*, jun. 2000, p. 28.

<sup>122</sup> Como ya se ha comentado, en ocasiones es muy difícil distinguir entre un *capital lease* y un *operating lease*.

Sin embargo, para tratar de discernir si este tipo de *leasing* debe ser considerado un *capital lease* o un *operating lease* resultaría interesante determinar si existe en otras jurisdicciones alguna figura similar a la *GIE*. Pues bien, las *GIEs* podrían equipararse por un lado, a las *Subchapter S corporations*, creadas bajo el *Internal Revenue Code* (Ley federal tributaria) de los Estados Unidos, que son un tipo de sociedad cuyos accionistas son gravados impositivamente como si fueran socios de la misma, es decir que la ganancia de la compañía es considerada un ingreso directo de los accionistas, haya sido o no distribuida, pero para entrar en la categoría de *S corporation*, la organización no debe tener más de 35 accionistas, debiendo todos residir en el país, y contar con sólo un tipo de acciones. Por otro lado, las *GIEs* también son similares a los *owner-trustees* de los *leveraged leases* de Estados Unidos. En consecuencia, se puede afirmar que los *french tax leases* deben ser clasificados como *capital leases*.

## F. United Kingdom Tax Lease

57. En el Reino Unido, los *tax leases*, también denominados *tax-based leasing*, están restringidos a la financiación de los bienes de equipo para aerolíneas domésticas, de manera que si son las aerolíneas extranjeras las arrendatarias, no cumplirían con los requisitos de la legislación tributaria para la obtención de los beneficios fiscales, como sí ocurre cuando se trata de una aerolínea del Reino Unido. Es más, los coeficientes de amortización cuando se trata de entidades extranjeras es sólo de un 10%.

La estructura de este tipo de *leasing* consiste en que el arrendador adquiere la aeronave, ya sea nueva o usada, y la arrienda por un período que coincide normalmente con la vida útil de la aeronave. El arrendador recupera el coste de adquisición a lo largo de la duración del *leasing* más las ganancias, si se tienen en cuenta los beneficios fiscales existentes.

En cuanto al arrendatario, no está permitido que tenga una opción de compra, sin embargo es él el que tiene la propiedad económica de la aeronave. Así que, a la finalización del *leasing* el arrendatario vende la aeronave actuando como agente para el arrendador, por lo que recibe la devolución de los flujos de alquiler por una cantidad correspondiente al importe de la venta de la aeronave<sup>123</sup>. Pero si el arrendatario, quiere continuar utilizando la aeronave después del vencimiento del *leasing*, éste puede ser ampliado por un segundo período, durante el cual el arrendatario sólo tiene que realizar pagos nominales, es decir que ya no tendría que pagar intereses.

58. El problema como sucedía con el *french tax lease* es dirimir si se trata de un *capital lease* o de un *operating lease*. Pues bien, se trata para el arrendatario de un *capital lease*, puesto que la aeronave debe aparecer en el balance de situación del mismo, o lo que es lo mismo sería una estructura *on-balance sheet* para el arrendatario, ya que es el propietario económico de la aeronave<sup>124</sup>.

Sin embargo, el arrendatario tiene el derecho de dejar el *leasing* a lo largo del período de *leasing*. Pues bien, en este caso, este tipo de *leasing* se convertiría en un *operating lease*, ya que no se queda finalmente con la aeronave, tratándose por tanto de una estructura *off-balance sheet*.

En una estructura típica de este tipo de *leasing*, como los arrendadores no asumen el riesgo del valor residual de la aeronave, se añade una tercera parte en la transacción que se hace cargo de la aeronave, en el caso de que el arrendatario decida ejercer su derecho de retirarse de la operación de *leasing*. Sería esta tercera parte la que dispondría de la aeronave, por lo que podría o bien venderla o volver a alquilarla.

## G. El arrendamiento financiero en España

59. El contrato de arrendamiento financiero en España será tratado al abordar la calificación de este tipo de contratos de manera muy extensa, por lo que no se va abordar en este apartado.

El arrendamiento financiero, tal y como se define en el apartado de la calificación de los contratos de arrendamiento financiero, no se suele utilizar en la práctica para financiar la adquisición de flotas de

<sup>123</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 228-229.

<sup>124</sup> Una estructura *on-balance sheet* es lo opuesto a una estructura *off-balance sheet*, que ya ha sido explicada anteriormente.

grandes aeronaves civiles. En la mayoría de los casos se ha recurrido a él para financiar como mucho una o dos aeronaves civiles de más de 100 asientos<sup>125</sup>. Sin embargo, el arrendamiento financiero ha sido la base para el desarrollo en los últimos años de otras estructuras más complejas como los *Spanish Operating Lease*.

## H. Sale and Leaseback

**60.** Este tipo de *leasing* se caracteriza por la venta de la aeronave a un comprador, que inmediatamente después de la venta, realiza un contrato de arrendamiento con el vendedor, mediante el cual el comprador sería el arrendador y el vendedor pasaría a ser el arrendatario<sup>126</sup>.

En virtud de esta estructura, el vendedor puede recuperar el coste del capital invertido en la aeronave, mientras que sigue conservado los beneficios de su uso sin interrumpir sus operaciones, consigue aliviar su situación de escaso cash flow, reduce el riesgo de futuras fluctuaciones en el valor de la aeronave y permite fijar un precio de traspaso en caso de que se contemple un reemplazo de la flota.

**61.** En cuanto al tratamiento contable de esta operación dependerá de la jurisdicción bajo la que se realice, pero un vendedor puede recuperar la aeronave tras su venta y llevarlo contra pérdidas de capital anteriores y así reforzar su balance de situación. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en algunas jurisdicciones, las normas de contabilidad sólo permiten que el valor pactado de recuperación de las aeronaves sea reflejado en el balance de situación, de manera prorrateada por el número de años en que se realiza el nuevo *leasing*<sup>127</sup>.

## 3. Operating lease

**62.** El *operating lease* inicialmente utilizado porque se refleja fuera del balance de situación y por los beneficios fiscales en la financiación de aeronaves, ha visto incrementando su uso gracias a que los arrendadores dentro de las transacciones de *operating lease* se han convertido en profesionales, siendo el caso de las estadounidenses *International Lease Finance Corporation (ILFC)* y *Bouillouin Aviation Services, Inc.*, las irlandesas *General Electric Capital Aviation Service (GECAS)* y *Guinness Peat Aviation (GPA)*, la holandesa *debis AirFinance*, y *B.V Singapore Aircraft Leasing Enterprise (SALE)*<sup>128</sup>. Estas compañías se interpondrían por un lado, entre las instituciones financieras, al asumir los riesgos, y por otro lado, las aerolíneas, al ofrecerles o bien créditos blandos, o una aeronave durante un corto período de tiempo, sin necesidad de adquirir en propiedad dicho bien.

En un primer momento, los arrendadores en un *operating lease* daban soluciones temporales a las aerolíneas que necesitaban aeronaves durante un corto período de tiempo, sin tener que asumir el riesgo del valor residual de la aeronave, asociado a la compraventa o al *capital lease*. Pero después se dieron cuenta de que estas compañías como arrendadoras estaban mejor preparadas que las instituciones

<sup>125</sup> Es difícil encontrar contratos de arrendamiento financiero sobre aeronaves. Sin embargo, de una consulta realizada en relación con el Impuesto sobre Sociedades en el año 2007, puede deducirse que la sociedad británica GE Capital Corporation (leasing) Limited había suscrito un contrato de arrendamiento financiero con una empresa sobre una aeronave propiedad de GE Capital. En el mismo se señala que el plazo de duración del contrato de arrendamiento financiero será de 84 meses, con una opción de compra al vencimiento por el valor residual (“Consulta” disponible en línea en [http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+CUESTION-PLANTEADA+\(arrendamiento+financiero+\)&Pos=18](http://petete.meh.es/Scripts/know3.exe/tributos/CONSUVIN/texto.htm?Consulta=.EN+CUESTION-PLANTEADA+(arrendamiento+financiero+)&Pos=18) (consultado el 5 de junio de 2016)).

<sup>126</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 244.

<sup>127</sup> Así que por ejemplo, si la recuperación de la aeronave supone un total de 3 millones de dólares y la duración del *leasing* es de tres años, sólo se permite que se refleje en el balance de situación el importe de 1 millón de dólares por año, de manera que se diluyen los potenciales beneficios (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 245).

<sup>128</sup> En la actualidad ILFC ha sido absorbida por AerCap, como se recoge en la compra que hace AerCap a la empresa AIG (*American International Group*), que era la sociedad matriz de ILFC en el momento de su venta. *Vid.* “AIG Raises \$3,7 Billion in Cash From Sales of AerCap Stock”, disponible en línea en <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-06-03/aig-sells-3-7-billion-in-aercap-shares-as-it-amasses-capital> (consultado el 5 de junio de 2016).

financieras para solucionar los fallos en el mantenimiento, la recuperación o la reventa de la aeronave, al finalizar el período de *leasing*<sup>129</sup>.

**63.** Aunque estos tipos de *leasing* son útiles para ambas partes, arrendador y arrendatario, el mayor problema con el que se encuentra el arrendatario es la confusión, inocente o deliberada, del arrendador en diferenciar entre un *capital lease* y un *operating lease*.

En el caso del *capital lease*, ambas partes entienden que es similar a un préstamo garantizado, en el que existe una financiación a largo plazo de la aeronave y al finalizar el período del *leasing* se espera que el arrendatario compre la aeronave por un precio de compra ya fijado. La única diferencia sustancial entre un préstamo y un *capital lease* es que en este último, el arrendador mantiene la titularidad de la aeronave durante el período del *leasing*, lo cual supone una garantía superior de la que proporciona una hipoteca. Bajo un *capital lease*, el arrendatario asume todos los riesgos y responsabilidades de la propiedad y está obligado a mantener, operar y asegurar la aeronave de acuerdo con esta responsabilidad. Por su parte, la responsabilidad del arrendador se concreta únicamente en poner a disposición del arrendatario la aeronave al comienzo del *leasing*, proporcionar el uso o disfrute pacífico de la aeronave al arrendatario y transferir el título de la propiedad de dicho bien al arrendatario, si procede, a la finalización del período de *leasing*<sup>130</sup>.

Bajo un *capital lease*, se espera que el arrendatario indemnice y respalde al arrendador y a las terceras partes relevantes que intervengan en dicha operación, tales como prestamistas o *head-lessors* (si en la operación existe un *head lease*), protegiéndoles de cualquier reclamación o daños que surjan desde o en conexión con la operación de arrendamiento del equipo y por las pérdidas sufridas por estas partes como resultado de impuestos adicionales, cambios en la legislación o el colpaso de la estructura. Estas obligaciones, junto con los pagos de los alquileres y cualquier otra cantidad que puedan llegar a ser debidas bajo un *leasing* –y que se pacten en la negociación del *leasing*– deberán ser pagadas por el arrendatario pase lo que pase, incluso si el arrendador o una tercera parte interrumpe el uso del arrendamiento de la aeronave. En este sentido, este *leasing* se asemeja a un préstamo, donde el arrendador además no corre con los riesgos que puedan surgir en dicha transacción<sup>131</sup>.

**64.** El *capital lease* contrasta mucho con el *operating lease*, puesto que en este último tipo de *leasing* el arrendatario lo que pretende precisamente es evitar las responsabilidades y las obligaciones asociadas a la financiación. En un claro *operating lease*, el arrendatario sólo debería ser responsable ante el arrendador, mientras que el arrendador asumiría toda la responsabilidad del acuerdo con sus prestamistas o *head-lessor* -si existe-, así que el arrendatario no debería soportar ningún riesgo en la estructura de la transacción, ni en el valor de la aeronave al finalizar el período de *leasing*.

Sin embargo, no todo los arrendadores en un *operating lease* aceptan que esto sea así. Efectivamente, aquellos arrendadores que son compañías fuertes como *GECAS*, *ILFC*, *SALE* o *Bouilliou* no involucran a los arrendatarios en sus relaciones con los prestamistas. Sin embargo, otros tienen a los prestamistas como coasegurados y fijan los pagos adicionales por las pérdidas cubiertas por el seguro especificadas en el *operating lease* para los arrendatarios. Pero además, otros arrendadores involucran a sus arrendatarios en la operación de financiación de la misma manera que si se tratara de un *capital lease*. Estas dos últimas situaciones se deben fundamentalmente a que estas empresas que actúan como arrendadoras no disponen de fondos y financian normalmente la adquisición de las aeronaves gracias a los *operating lease*. Es más,

<sup>129</sup> Los conceptos de recuperación y reventa de la aeronave son la traducción literal de dos términos en inglés del *leasing* que son respectivamente “*repossession*” y “*remarketing*”, por lo que quizás no se comprende muy bien su significado. En definitiva quieren decir que a la finalización del *operating lease*, el arrendatario en principio no se va a quedar con la aeronave, así que o bien el arrendador recupera la aeronave o bien la revende. Sobre el *operating lease* vid. C. KJELGAARD, “Questions Remain About Operating Leases”, *Airfinance Journal*, Jan. 1987, p. 26; I. GAUNT, “Aircraft Operating Leases – Meeting the Needs of the Parties Involved”, *Airfinance Journal*, Feb. 1990, p. 26; J.-F. PRITCHARD/ J. TENEV, “Legal and business aspects of operating leases”, *Airfinance Journal*, Oct. 1998, p. 23; R. DWYER, “ILFC surge brings it closer to GECAS”, *Airfinance Journal*, Jul./ Aug. 1999, p. 28.

<sup>130</sup> La cláusula del uso pacífico del bien arrendado está recogida en el artículo 4.11 del modelo de contrato de un “*dry lease*” (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 81-83).

<sup>131</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 196.

en ocasiones estos arrendadores utilizan el depósito de garantía del arrendatario como el pago anticipado para sus propios prestamistas, y esto ha provocado que la morosidad de los arrendadores lleve a que los arrendatarios de estos *operating lease* sufran las consecuencias de dicha morosidad.

Por lo tanto, cuando se lleva a cabo un *operating lease* entre las dos partes interesadas en esta transacción, ésta puede obligar al arrendatario a que realice depósitos de garantía, prepago de alquileres y reservas de mantenimiento, que son aportadas al arrendador como garantía de sus obligaciones con respecto al *leasing*. Si el arrendador se equivoca en utilizar esos fondos para el propósito para el que estaba destinado o incumpliese sus obligaciones con respecto al préstamo recibido, las obligaciones del arrendatario pueden ir más allá del pago de los depósitos de garantía, los alquileres y las reservas de mantenimiento, si se pacta una cláusula muy utilizada en derecho anglosajón conocida como “*hell or high water clause*”<sup>132</sup>. En virtud de la misma, el arrendatario debe responder de la morosidad del arrendador y de las terceras partes acreedoras del mismo -cuando haya sido convenido como una obligación para el arrendatario-, pase lo que pase, teniendo derecho a reclamar al arrendador al arrendatario tales obligaciones, aunque esto suponga que el arrendatario lo tenga que pagar dos veces<sup>133</sup>.

**65.** El problema del abuso de poder del arrendador respecto del arrendatario antes citado se manifiesta durante la negociación de la operación del *leasing*. En primer lugar, en la firma de las comúnmente conocidas en derecho anglosajón como “*letter of intent*” (*LOI*), en las que generalmente se establece que el arrendatario está obligado a enviar un depósito, recuperable o no. El objeto de dicho importe puede ser: demostrar seriedad; retirar la aeronave en cuestión del mercado durante las negociaciones de esta transacción; utilizarse como la primera cuota de alquiler o como depósito de garantía -negociándose por tanto, cuándo se ejecutará-; o que se lo quede el arrendador para cubrir sus costes, en el caso de que las negociaciones no lleguen a buen fin<sup>134</sup>. Así que cuando las negociaciones fracasan y no se llega a completar la operación de *leasing*, el depósito o parte de él, deber ser devuelto al arrendatario de acuerdo con las disposiciones acordadas entre las partes, a menos que se pacte otra cosa distinta. En muchas ocasiones, el arrendador encuentra alguna razón para evitar o retrasar su devolución, debido a una falta de claridad en las condiciones para el retorno del depósito al arrendatario, o en circunstancias extremas, el arrendador podía haber utilizado los depósitos para otros fines.

Tras la firma de la *LOI*, normalmente tampoco el borrador de la documentación solicitada al arrendatario refleja el acuerdo al que han llegado las partes en la operación de *leasing*. En muchas ocasiones, los requisitos tales como la indemnización de los prestamistas, las disposiciones en materia de seguros que no son habituales o la reclasificación de los depósitos por parte del arrendador son añadidos o modificados en el borrador de la documentación.

Incluso si se pacta así en el contrato, cuando un arrendador incumple los pagos de su propio acuerdo de financiación con el prestamista, éste puede apoderarse de la aeronave que estaba sujeta a tal financiación, aunque se trate de un *operating lease*. *Ad. ex.* en octubre 2001 *Trans Aer* compañía irlandesa financió el arrendamiento de una aeronave a *Lybian Arab Airlines*, compañía libia, pues bien cuando *Trans Aer* dejó de cumplir sus obligaciones con respecto a los prestamistas, éstos ejercieron su garantía y se apropiaron de la aeronave, a pesar de que existía un *operating lease* con las aerolíneas árabes. Esto provocó que éstas perdieran el uso de la aeronave durante el resto del período del *leasing*, así como su depósito de garantía<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> Esta cláusula “*hell or high water*” efectivamente forma parte del estándar de los contratos de arrendamiento o *leasing* en el mundo anglosajón, en virtud de la cual el arrendatario está obligado a pagar hasta que finalice el período de arrendamiento, independientemente de las dificultades que puedan surgir. En esta misma línea, la cláusula “*absolute obligation*” (obligación absoluta) en derecho anglosajón está recogida con frecuencia en los contratos de *leasing*. *Vid.* un ejemplo de dicha cláusula en el art. 6.4 de un modelo de contrato de un “*dry lease*” (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 100-101).

<sup>133</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 197. De acuerdo con lo que señala el autor, es lógico afirmar que las cláusulas de este tipo favorecen al arrendador y más concretamente al arrendador de un *capital lease* (*vid.* discusión al respecto en D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 102-105).

<sup>134</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 197.

<sup>135</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 198.

En algunos casos incluso todavía es peor y un arrendador con cierta habilidad puede no tener la aeronave que va a ser arrendada, pero a través de una compañía en paraísos fiscales, obtiene un depósito de una aerolínea inexperta y posteriormente negocia, generalmente sin éxito, con una tercera parte la adquisición de la aeronave solicitada por la aerolínea. Lo habitual en estas situaciones es que finalmente el arrendatario pierda el depósito sin posibilidad de reclamarlo al arrendador<sup>136</sup>.

**66.** Como consecuencia del problema planteado anteriormente, salvo cuando se trate de grandes compañías arrendadoras como las ya mencionadas, cuya reputación e integridad es conocida, los arrendatarios antes de firmar cualquier documento deberían fijar algunas de sus condiciones para llevar a cabo la operación de *leasing*. Entre el abanico de posibilidades que podrían establecer ambas partes, se puede pactar que los fondos depositados por el arrendatario para el arrendador sean custodiados por un fideicomiso o bien se puede acordar cualquier otra forma de garantizar que el depósito va a ser destinado al fin para el que se haya realizado.

El arrendatario también podrá obtener una “*letter*” en la que se establezca el uso pacífico de la aeronave desde cualquier tercera parte que pudiese ser susceptible de reclamar la aeronave, como por ejemplo el prestamista o el *head-lessor*<sup>137</sup>.

Además, otra sugerencia que puede beneficiar en cierto modo al arrendatario es que las disposiciones sobre los seguros sean tan amplias que si se lleva a cabo el procedimiento para el cobro del seguro, éste sea pagado en base a los intereses de cada una de las partes, puesto que aparecen reflejados en la redacción de dicho seguro.

Por otro lado, si se realizan reservas de mantenimiento por parte del arrendatario y disponibles para el arrendador, se puede establecer una cláusula en la que se fije que la cantidad a pagar como reservas de mantenimiento sea reducida si estas reservas llegan a ser demasiado elevadas<sup>138</sup>.

Estas sugerencias antes mencionadas que pueden ser beneficiosas para el arrendador, son unas pocas de las múltiples opciones para clarificar la responsabilidad de las dos partes en la transacción del *operating lease* y por tanto en el contrato o contratos que deriven de la misma<sup>139</sup>. Por lo que, a menos que se haya acordado otra cosa distinta antes de la firma de las *LOI*, el arrendatario debería evitar cualquier participación o implicación con respecto al arrendador, a menos que esté preparado para los riesgos de la pérdida de cualquier depósito y reservas de mantenimiento pagados al arrendador.

**67.** A continuación, se van a estudiar varios tipos de *operating lease*, al igual que se ha hecho con los *capital lease*. Aunque se han incluido los siguientes clases de *leasing* en esta clasificación porque son definidos como tal en su denominación, se podrá comprobar que sólo los *wet lease*, -y los *Sale and Leaseback* que pueden ser tanto *capital lease* como *operating lease*- son verdaderos *operating lease*.

### A. Japanese Operating Lease

**68.** La operación básica del *Japanese Operating Lease (JOL)* no es una estructura complicada<sup>140</sup>. El arrendador en este tipo de *leasing* adopta la forma de una *SPV* y adquiere la titularidad de la aeronave, pudiendo ser o bien una aeronave o usada, a diferencia de lo que sucedía con los *JLLs*, en los cuales era obligatorio que la aeronave fuera nueva; y además arrienda la aeronave al arrendatario bajo los térmi-

<sup>136</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 198.

<sup>137</sup> En derecho anglosajón, como ya se ha visto es muy habitual que se acuda a las *LOI* para dejar claro cuáles son las posiciones de las partes en el futuro contrato o contratos que deriven de la operación de *leasing*. Vid. artículo 4.11 del modelo de contrato de un “*dry lease*” (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 83-85).

<sup>138</sup> En ocasiones las reservas de mantenimiento junto con los intereses devengados pueden llegar a suponer millones de dólares antes de que tengan que ser devueltos.

<sup>139</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 199.

<sup>140</sup> Aunque los *JOLs* han surgido hace menos tiempo que los tipos de *leasing* antes estudiados, en concreto unos diez años, ya se venía utilizando esta forma de financiación en la navegación marítima desde hace tiempo (D. JONES, “*JOLs: Testing the Water*”, *Finance International*, May. 2000, p. 28).

nos de un *operating lease*. Las *SPV* son habitualmente compañías japonesas con la forma de sociedad limitada, es decir *Yugen Kaisha*, que suponen una aportación de capital de cómo mínimo tres millones de yenes, pero también pueden ser sociedades anónimas japonesas, *Kabushiki Kaisha*, que suponen una aportación mínima de capital de diez millones de yenes. La filial japonesa de una *SPV* establecida en las islas Cayman también puede ser la arrendadora.

La aportación de capital de los inversores debe ser de al menos el 20% del coste de la aeronave, mientras que el restante 80% es financiado con un préstamo, generalmente con determinadas garantías. Por lo tanto, el prestamista normalmente obligará al arrendador a asegurar la deuda teniendo prioridad en la primera hipoteca sobre la aeronave, además de la cesión de cualquier garantía existente del fabricante y por último, la cesión del acuerdo de *leasing* entre el arrendador y el arrendatario, que a su vez incluye los flujos de los alquileres, los beneficios del seguro que exista y las reservas de mantenimiento o los depósitos de garantía realizados<sup>141</sup>.

Cuando se trata de grandes operaciones, las *SPV* pueden obtener el capital a través de la sindicación o el consorcio de múltiples arrendadores, que como ya se ha visto al tratar el *JLL*, son conocidos estos acuerdos como *Tokumei Kumiai (TK)*. La sociedad matriz de la *SPV*, que suele ser una compañía de *leasing* japonesa, generalmente ofrece al arrendatario una *letter of comfort* -muy utilizada en el mundo anglosajón- con el objetivo de respaldar a la *SPV*, para que el arrendatario tenga una garantía de que va a disfrutar pacíficamente de la aeronave, durante el tiempo que dure el *leasing*<sup>142</sup>.

Durante el tiempo que dura el *leasing*, los pagos son aplicados en su mayor parte a la amortización del préstamo, pero también se utilizan para pagar los dividendos a cuenta por la aportación de capital. Sin embargo, los alquileres pagados durante el *leasing* en una *JOL* no son suficientes para amortizar todo el préstamo, por lo que tanto el arrendador como el prestamista están expuestos al riesgo del valor residual de la aeronave<sup>143</sup>. Por un lado, el número de aerolíneas con aceptables "*credits ratings*", es decir solvencia económica, no son muchas. Por otro lado, como el arrendador debe asumir el riesgo del valor residual para que esta operación sea calificada legalmente como una *JOL*, no se permite asegurar dicho valor de la aeronave, así que el número de arrendadores que quieren participar en estas estructuras también es limitado<sup>144</sup>.

Por último, en una estructura *JOL* lo habitual es que se contemple que la aeronave sea vendida a la finalización de la duración del acuerdo de *leasing*, conforme a un acuerdo de reventa, "*re-marketing*", en virtud del cual el agente de ventas intentará vender o alquilar de nuevo la aeronave. Un nuevo alquiler requiere que se regularicen los préstamos pendientes, o bien mediante su pago o bien a través de refinanciación.

<sup>141</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 225.

<sup>142</sup> Para que una institución financiera adelante fondos o determinadas compañías establezcan relaciones contractuales con una subsidiaria más débil de una compañía matriz, normalmente espera recibir un escrito que asegure que, por lo menos, esta sociedad matriz está al corriente y aprueba la transacción; o bien cuando es necesario una mayor protección, que la sociedad matriz proporcionará a la subsidiaria los fondos necesarios para que ésta cumpla con sus obligaciones. Este escrito conocido como *letter of comfort*, también es denominado en ocasiones como *letter of responsibility* (carta de responsabilidad) o *letter of awareness* (carta de conocimiento). Sobre las *letter of comfort* es importante resaltar que se recurre a ellas cuando la sociedad matriz no quiere aportar una garantía directa de las obligaciones de la subsidiaria, y que puede ser por diversas razones, como que la sociedad matriz quiera limitar su propia capacidad de préstamo. Pero si un acreedor no puede obtener una obligación vinculante legalmente de la sociedad matriz, entonces como último recurso puede contar con un compromiso moral de que si la empresa subsidiaria falla en sus obligaciones, serán cubiertas por la sociedad matriz. Si se diera esta situación, la sociedad matriz debe decidir entre reparar las obligaciones de su subsidiaria para mantener su reputación o denegar su responsabilidad totalmente. Como las *letter of comfort* no crean obligaciones coercitivas de forma legal, cualquier declaración incluida en dichas *letter* debe ser examinada individualmente y de las circunstancias que rodean a la transacción determinar si hay una intención de contraer una obligación legal, y en tal caso, el preciso ámbito de aplicación de esta obligación. En función de la redacción de las *letter of comfort*, es decir de su contenido obligacional, un juez puede obligar a que se cumplan dichas *letter*, tal y como sucedió con la *Commercial Court of Brussels* (Corte Comercial de Bruselas) que consideró la ejecutabilidad de una *letter of comfort* bajo el derecho belga y determinó que se había prometido un resultado específico que no se cumplió, en el caso que enfrentó a Glenoit Mills Inc., una compañía americana y a su subsidiaria belga, SNCI-NMKN, en 1977 (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 404-409).

<sup>143</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 226.

<sup>144</sup> Sin embargo, existe el convencimiento de que la mayoría de las operaciones de *leasing* realizadas a través de un *JOL* se llevaban a cabo con alguna forma de apoyo que garantizase el valor residual.

69. El problema que subyace por tanto, es que en ocasiones es difícil distinguir un *JOL* de un *JLL*. La principal diferencia entre ambos es que los inversores toman una posición real en un *JOL*, por lo que asumen todos los riesgos que pudieran surgir, mientras que bajo un *JLL* no estaban expuestos a dichos riesgos<sup>145</sup>. Aunque la propiedad del activo tanto si es un *JOL* como un *JLL* es del arrendador, el hecho de que los inversores adopten una posición real significa que los riesgos son mayores para los inversores en un *JOL* que en un *JLL*, porque además en estos últimos en ciertos casos está garantizada la devolución de su aportación.

El requisito normativo más estricto en relación con los *JOL* era que la suma agregada de todos los alquileres no podía superar el 90% del coste del activo y cualquier incumplimiento de esta estructura provocaba que fuese considerada un *financial lease*, en vez de un *operating lease*, lo cual llevaba a un tratamiento distinto a nivel fiscal.

El prestamista, por su parte como no se beneficiaba de ninguna deducción fiscal, sí podía asegurar el valor residual de la aeronave para así reducir su riesgo, pero si lo contrataba veía reducidos sus ingresos como consecuencia del coste del seguro. Además, o como una alternativa a este seguro, el prestamista podía reducir su riesgo a través de las garantías de las agencias de crédito a la exportación europeas, conocidas como *ECAs* (*Export Credit Agencies*) europeas. Sin embargo, las complejidades administrativas de las *ECAs* para garantizar las *JOLs*, más los costes de los profesionales que solicitaban estas garantías, hacía que los prestamistas desistieran de obtener una garantía a través de las *ECAs*.

Sin embargo, como ya se ha apuntado antes, el *quiz* de la cuestión estaba en que el arrendador para llevar a cabo un *JOL* no quería estar expuesto al riesgo del valor residual. Sin embargo, para las autoridades fiscales japonesas, los acuerdos mediante los cuales se establecían las opciones de compra a un precio fijo limitaban el riesgo del arrendador, y estos pactos para fijar el valor residual incumplían uno de los requisitos legales para que la transacción fuese considerada como un *operating lease* y no como un *finance lease*. Así que, era habitual que el arrendador al comienzo del *leasing* determinase las opciones de compra sobre el valor real del mercado, en base a las valoraciones del activo realizadas por terceros, era el caso de los prestamistas. Por lo que aunque se denomine *Japanese Operating Lease*, en realidad es un *finance lease* de acuerdo con la definición que se ha venido repitiendo a lo largo del presente trabajo. De manera que esta afirmación se puede realizar también sobre los *German Operating Lease*.

## B. German Operating Lease

70. El *German Operating Lease* (*GOL*) era similar al *JOL*, pero a diferencia de este último nunca obtuvo mucha financiación por parte del mercado de inversiones<sup>146</sup>. Como consecuencia de esto las operaciones de *leasing* realizadas a través de esta estructura no fueron muchas.

En primer lugar, sólo un banco era el que ofrecía este producto, el *Deutsche Structured Finance* y sólo se financiaron 29 aviones para las compañías *Deutsche BA* y *Air Litoral*, por un valor que superaba el billón de dólares<sup>147</sup>.

Como sucedió con los *JOL*, el elevado riesgo que suponía para los inversores el *GOL*, provocó que este tipo de *leasing* acabara desapareciendo<sup>148</sup>.

## C. Spanish Operating Lease

71. El *Spanish Operating Lease* (*SOL*) es una estructura que se empezó a plantear en el año 2005, cuando Iberia decidió cerrar un acuerdo para la realización del primer *SOL*<sup>149</sup>. La aerolínea de

<sup>145</sup> D. JONES, "Division of the spoils", *Airfinance Journal*, May. 2000, p. 26; D. JONES, "JOLs: Testing the Water", *Finance International*, May. 2000, p. 28.

<sup>146</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 227.

<sup>147</sup> Como billón se ha traducido de la palabra en inglés *billion*, un billón de dólares equivale a mil millones de dólares, no a un millón de millones, que se correspondería con el término *trillion* en inglés.

<sup>148</sup> P. STEINHARDT, "Commercial Focus: Frankfurt", *Airline Fleet & Asset Management*, May/ Jun. 2002, pp. 24-26.

<sup>149</sup> "The SOL is shining Iberia", *Airfinance Journal*, Oct. 2005, p. 11.

bandera española había realizado durante los años 90 varias operaciones de *leasing* a través de *JOL*, pero ante la incertidumbre surgida en torno al futuro de este tipo de *leasing*, decidió explorar estructuras alternativas de financiación para nuevos aviones.

En dicha operación, Iberia pretendía alquilar dos A340-600 durante 12 años, por un valor de 250 millones de dólares. El *head lessor* era una filial de Caja Madrid, mientras que el *operating lessor* era una sociedad limitada española. Bajo esta estructura, Iberia mantenía la flexibilidad en la transacción, ya que tenía la opción de comprar las aeronaves en el año 10 y en el año 12<sup>150</sup>.

La diferencia fundamental del *SOL* con la estructura similar utilizada para los barcos, más conocida como *Tax Lease*, era que sólo existía un inversor y que no requería la aprobación de la Agencia Tributaria española. Efectivamente, Caja Madrid, como único proveedor de fondos propios, contribuía con un 21% del coste total de la transacción, mientras que el *Royal Bank of Scotland* aportaba a través de un préstamo, el 79% restante.

El ahorro de dicha estructura era del 6,5%, en la que Iberia se beneficiaba de parte de los beneficios fiscales en términos de una reducción en las cuotas de los alquileres a lo largo del período que durase la transacción. Normalmente, la aerolínea venía ganando a través del *JOL*, entre el 5% y el 9%, dependiendo de la escasez de inversores y de la calidad del activo.

Otros de los beneficios claves para Iberia era reducir la media ponderada del coste de capital de las aerolíneas y mantener la flexibilidad sobre sus aeronaves. En este sentido, en el acuerdo existía una opción para adquirir las aeronaves en el año 10 y en el 12, pero no era obligatorio.

Por otro lado, la aerolínea había transferido el riesgo del valor residual a terceras partes, lo cual es fundamental para las aeronaves de fuselaje ancho, que son más volátiles que las de fuselaje estrecho. Esto reduce la exposición de la aerolínea a los riesgos de los mercados financieros (tipos de interés y combustible) que son cubiertos de forma separada con soluciones específicas existentes en los mercados financieros.

**72.** La estructura iniciada con la operación realizada por Iberia creó mucho interés entre las instituciones financieras españolas. De hecho muchos bancos españoles querían participar en una operación posterior en el año 2006, también con Iberia, formando un sindicato de bancos, pero era necesaria una regulación de la Agencia Tributaria española<sup>151</sup>. Así que finalmente, de nuevo fue Caja Madrid quien actuó como único inversor al aportar 80 millones de dólares, de un total de 380 millones que suponía la financiación de tres aeronaves de Airbus, modelo A340-600<sup>152</sup>.

Esta estructura como en el primer contrato, involucraba a dos *Special Purpose Vehicle (SPV)*, un *head lessor* y un *operating lessor*, los cuales se convertían en sólo una *SPV*, después de dos años. El *operating lessor* efectuaba la amortización acelerada de las aeronaves, lo cual provocaba pérdidas durante este período. De manera, que se traducía en un aplazamiento de los impuestos de la corporación, que es equivalente a recibir un préstamo, que se empieza a pagar a partir del quinto año, pero además la amortización del préstamo se realiza en los siete años siguientes, sin tener que pagar ningún hipotético interés<sup>153</sup>. Cuando Iberia ejerza su opción de compra, en los años 10 o 12, esto generará un superávit para los accionistas, provocando el retorno de la inversión.

**73.** Se puede afirmar que el primer *SOL* en el que participaban no sólo empresas españolas se produjo en una operación entre la aerolínea brasileña *TAM*, como arrendataria en el *operating lease*, mientras que *ING* y el Banco Santander aportaban el capital<sup>154</sup>. Se trataba de financiar un A319 y un A320 a través de un *SOL* a *TAM*, en la que *ING* es la entidad que otorgaba el préstamo, mientras que el Banco Santander, es quien participaba con sus fondos.

<sup>150</sup> “The SOL is shining Iberia”, *Airfinance Journal*, Oct. 2005, p. 11.

<sup>151</sup> “RBS and Caja Madrid win Iberia SOL Mandate”, *Airfinance Journal*, Feb. 2006, p. 16.

<sup>152</sup> Los bancos que realizaron el resto de la aportación -300 millones de dólares- a través de préstamos por valor de 100 millones de dólares cada uno fueron: *ING* (banco de origen holandés), *WestLB* (banco alemán) y *Royal Bank of Scotland* (“RBS and Caja Madrid win Iberia SOL Mandate”, *Airfinance Journal*, Feb. 2006, p. 16).

<sup>153</sup> “RBS and Caja Madrid win Iberia SOL Mandate”, *Airfinance Journal*, Feb. 2006, p. 16.

<sup>154</sup> “TAM closes first cross-border Spain aircraft lease”, *Airfinance Journal*, Sep. 2008, p. 41.

Cuando se realizó la primera operación de *SOL*, se pensó que este tipo de *leasing* no traspasaría la frontera a menos que hubiese inversores muy interesados, tal y como ha sucedido. Efectivamente el *SOL* ofrece un simple beneficio fiscal a los inversores y la estructura otorga a *TAM* una financiación muy competitiva. Las aerolíneas de Sudamérica son bien recibidas por los inversores españoles para llevar a cabo este tipo de operaciones<sup>155</sup>.

Sin embargo, en el año 2010, se llevó a cabo el primer *SOL* con una aerolínea del Reino Unido, *Easyjet*. La compañía aérea financió a través de una operación de *SOL* seis Airbus, modelos A319. En la misma, el Banco de Santander realizaba la aportación de fondos, mientras que los préstamos eran realizados por *Credit Agricole-CIB* (banco francés) y *kfW IPEX-Bank* (banco alemán). Al igual que en los otros casos de *SOL*, *Easyjet* disponía de una opción de compra de las aeronaves<sup>156</sup>.

74. Aunque el *SOL* ya se estaba utilizando en la industria aeronáutica desde el año 2005, como se ha podido comprobar, es la implementación, a través de la Ley 16/2012, de 27 de Diciembre de 2012, de un nuevo régimen fiscal para determinados contratos de arrendamiento financiero, lo que puede hacer al *SOL* más atractivo y competitivo en el mercado<sup>157</sup>. Este nuevo esquema permite la amortización a efectos fiscales del coste de ciertos activos tangibles adquiridos a través de *financial lease*, en cuanto el activo se comience a fabricar<sup>158</sup>.

Como ya se ha adelantado, la estructura del *SOL* permite al *operating lessor* compensar las pérdidas generadas por la amortización acelerada del activo alquilado contra las ganancias de otras compañías del mismo grupo. El coeficiente de amortización acelerada es generalmente dos veces el coeficiente correspondiente a la amortización contable. El efecto financiero del aplazamiento del pago del impuesto sobre sociedades de la corporación (en la actualidad del 30%) debe ser compartido con la aerolínea, a través de cuotas de alquiler reducidas bajo el *operating lease* o a través de un precio reducido en la opción de compra.

Además de las ventajas planteadas del *SOL*, con la entrada en vigor de la citada Ley 16/2012, el 1 de enero de 2013, se puso en marcha un nuevo régimen fiscal previsto para determinados contratos de arrendamiento financiero, también llamado *Tax Lease*. El nuevo régimen se aplica a la adquisición de ciertos activos, entre los que se encuentran los buques no construidos en serie y sustituye al anterior *Tax Lease*, que fue objeto de investigación por la Comisión Europea por considerarlo ayuda de Estado<sup>159</sup>. A diferencia del *Tax Lease* que se generó en el sector naval, este nuevo régimen fue aprobado por la Comisión Europea mediante Decisión de 20 de noviembre de 2012, al confirmar que no constituye ayuda de Estado, porque entre otras razones, el régimen no es selectivo<sup>160</sup>. De hecho, el Tribunal General de la Unión Europea desestimó un recurso presentado por la “Asociación Marítima Holandesa” contra esta última Decisión, señalando dicho tribunal que el antiguo art. 115.11 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades del 2004 –actual art. 106.8 de la Ley de Impuesto de Sociedades del 2014-, relativo a la amortización anticipada para determinados contratos de arrendamiento financiero, goza de naturaleza general y carácter autónomo frente a la medida sectorial, sujeta a aprobación previa del anterior régimen de arrendamiento financiero<sup>161</sup>.

<sup>155</sup> “TAM closes first cross-border Spain aircraft lease”, *Airfinance Journal*, Sep. 2008, p. 41.

<sup>156</sup> “Easyjet finances six aircraft with SOLS”, *Airfinance Journal*, Nov. 2010, p. 50.

<sup>157</sup> Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, BOE núm. 312, 28 diciembre 2012.

<sup>158</sup> “Spain: Aviation & Tax Briefing”, *Watson, Farley and Williams*, Jan. 2013, disponible en línea en <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/01/WFW-SpainAviationTaxLeasing.pdf> (consultado el 5 de junio de 2016).

<sup>159</sup> El 17 de julio 2013, la Comisión concluye que existe ayuda de Estado ilegal, lo cual implicaba la devolución de las cantidades por los beneficiarios del régimen anterior del “*Tax Lease*” (Decisión 2014/200/UE de la Comisión, de 17 de julio de 2013, relativa a la ayuda estatal SA.21233 C/11 (ex NN/2011, ex CP137/2006) ejecutada por España – “Régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero también conocidos como Sistema español de arrendamiento fiscal” (notificada con el número C(2013) 4426) (DO núm. L 114, 16 abril 2014, p. 1)).

<sup>160</sup> Decisión de la Comisión de 20 de noviembre de 2012, sobre la ayuda estatal SA.34736 (12 N) referente a la aplicación por el Reino de España de un sistema fiscal que permite la amortización anticipada de determinados activos adquiridos mediante un contrato de leasing (notificada con el número C(2012) 8252 final).

<sup>161</sup> Sentencia del Tribunal General UE (Sala Séptima) 9 diciembre 2014, *Netherlands Maritime Technology Association c. Comisión*, T-140/13, DO núm. C 34, 2 febrero 2015, pp. 34-35). Esta sentencia recurrida en casación ante el Tribunal de

El nuevo régimen previsto en la Ley 26/2012 permite deducir, a efectos fiscales, el coste de los activos intangibles adquiridos a través del *leasing* tan pronto como éstos se comienzan a fabricar, sin tener que esperar a que realicen la actividad comercial prevista. Esta amortización anticipada se añade a la amortización acelerada, incrementándose los beneficios fiscales.

Este esquema es atractivo incluso cuando se trata de activos producidos fuera de España, no sólo en el caso de que se produzcan dentro de nuestro país. Pero tampoco existe limitación en cuanto a la localización de la aerolínea, es decir que no tiene por qué tratarse de una aerolínea española para poder obtener los beneficios fiscales asociados a determinados contratos de arrendamiento financiero.

Pero sí que se debe precisar que para que se pueda realizar la amortización anticipada es necesario que se trate de activos que tengan la consideración de elementos de inmovilizado material que sean objeto de un contrato de arrendamiento financiero que cumplan simultáneamente tres requisitos<sup>162</sup>. En primer lugar, que las cuotas del contrato de *leasing* se satisfagan de forma significativa antes de la finalización de la construcción del activo, como por ejemplo cuando se fijan los conocidos como pre-delivery payments (PDPs) que son realizados por las aerolíneas según la aeronaves van entrando en distintas fases del proceso constructivo. En segundo lugar, que la construcción de estos activos sea por un período mínimo de 12 meses, que en el sector aeronáutico suele ser bastante mayor, sobre todo si se trata de grandes aeronaves civiles. Y en tercer lugar, que se trate de activos que reúnan requisitos técnicos y de diseño singulares, de manera que no se correspondan con producciones en serie; lo cual también se produce en el sector aeronáutico, ya que el fabricante, Airbus o Boeing, tiene que adaptarse a las especificaciones técnicas que le exige cada aerolínea para los distintos modelos de aeronaves.

De manera que, para saber si una aeronave concreta cumple con estos criterios, debe realizarse un análisis caso por caso.

**75.** Se puede afirmar que después de una caída en la utilización de algunos tipos de *leasing* que estaban disponibles en el mercado hace una década como eran los *JOL* o los *GLL*, existen otros tipos relativamente más nuevos en el mercado como son los *SOL*, que están recibiendo ayudas para su proliferación<sup>163</sup>. La combinación del nuevo incentivo de la amortización anticipada con la amortización acelerada puede incrementar potencialmente los beneficios por el aplazamiento total del pago de impuestos, lo cual convierte al *SOL* en la estructura más atractiva y competitiva de la industria de la aviación<sup>164</sup>.

#### D. *Wet Lease*

**76.** El *wet lease* sobre una aeronave supone una transferencia en el uso de la aeronave junto con el personal de cabina, la tripulación, el mantenimiento y el seguro del casco (también conocido con las siglas *ACMI – Aircraft, Crew, Maintenance and Insurance*)<sup>165</sup>. Este tipo de *leasing* es utilizado generalmente durante un corto período de tiempo y se adapta mejor a las circunstancias específicas, como puede ser: situaciones provocadas por el fallo mecánico de una aeronave, conocido como *AOG*, que son las siglas del término en inglés “*aircraft on ground*” (podría traducirse como avión en tierra); reemplazo

---

Justicia ha sido desestimada (STUE 14 abril 2016, *Netherlands Maritime Technology Association/Comisión Europea c. Reino de España*, C-100/15 P, DO núm. C 211, 13 junio 2016, p. 19). Pero además, recientemente la Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2015, ha venido a anular la Decisión de la Comisión del 17 de julio de 2013 –mencionada en una cita previa– que había considerado como ayudas de Estado el anterior régimen de *Tax Lease*, tan utilizado en el sector naval, de manera que los beneficiarios del régimen anterior no tienen que devolver ninguna cantidad (Sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Séptima) 17 diciembre 2015, *Reino de España y otros c. Comisión Europea*, T-515/13 y T-719/13; Sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Séptima) 7 diciembre 2015, *España c. Comisión*, T-515/13 y T-719/13, DO núm. C 59, 15 febrero 2016, pp. 16-17).

<sup>162</sup> Art 106.8 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 288, 28 noviembre 2014 (antiguo art. 115.11 de la anterior Ley del Impuesto sobre Sociedades ya derogada).

<sup>163</sup> “SOL Searching”, *Airfinance Journal*, Jul. 2006 Supplement, pp. 25-27.

<sup>164</sup> “Spain: Aviation & Tax Briefing”, *Watson, Farley and Williams*, Jan. 2013, disponible en línea en <http://www.wfw.com/wp-content/uploads/2015/01/WFW-SpainAviationTaxLeasing.pdf> (consultado el 5 de junio de 2016).

<sup>165</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 229.

temporal en el caso de una pérdida total o de un daño parcial de la aeronave; fuerte facturación programada de un avión de una flota; requerimientos contractuales temporales tales como el transporte de equipos deportivos; introducción de una nueva ruta; período provisional antes de la entrega de un nuevo avión; o necesidades estacionales o picos de trabajo.

Un *wet lease* es similar a un *charter* de una aeronave, salvo que el arrendatario en el *wet lease* debe ser una aerolínea que tenga sus propias licencias y permisos para operar y la aeronave debe ser operada bajo el código que designa el vuelo y las autoridades de la ruta del arrendatario. Sin embargo, en una aeronave operada bajo un *charter*, puede ser contratado por cualquiera, pero es operado únicamente bajo las licencias, permisos y autoridades del operador del *charter*. Durante el *wet lease* la aeronave está registrada bajo la autoridad de aviación del Estado del arrendador, pero puede ser diferente de la del arrendatario, mientras que el personal de cabina serían empleados del arrendador<sup>166</sup>.

En definitiva, el arrendatario decide los vuelos que van a ser realizados, sujeto a las limitaciones impuestas por las condiciones del contrato de *leasing*, mientras que el arrendador mantiene exclusivamente el control operacional sobre todos los vuelos. De hecho, el arrendador es el único autorizado para: determinar si un vuelo particular puede ser operado con seguridad; destinar miembros del personal de cabina para la realización de determinados vuelos; dirigir los miembros del personal de cabina; e iniciar y terminar vuelos.

Por lo que respecta al comandante de la aeronave, éste mantiene el control de la aeronave, como ocurre en todas las operaciones comerciales. Éste tiene total discrecionalidad respecto de las operaciones de la aeronave y el arrendatario debe aceptar sus decisiones. También tiene completa autoridad sobre la el personal de cabina y la tripulación, y sus derechos durante los vuelos.

Debido a que es típico que el *wet lease* dure poco tiempo, la aeronave permanece en las instalaciones de la compañía aérea arrendadora, aunque debe aparecer temporalmente el nombre de la compañía arrendataria y el logo en el fuselaje. Si el período de *leasing* es mayor, puede trasladarse la aeronave a las instalaciones de la compañía arrendataria, pero esto tiene un coste.

En resumen, el arrendatario bajo un *wet lease* es responsable de posicionar la aeronave en un lugar acordado, en una fecha determinada, a disposición del arrendatario, que utiliza la aeronave según el acuerdo alcanzado como si fuera una aeronave de su propia flota<sup>167</sup>.

77. El arrendador y el arrendatario deben indemnizar al otro respectivamente con respecto a riesgos específicos. El arrendador es responsable de los daños causados a la aeronave, por lo que debe indemnizar al arrendatario por cualquier reclamación por daños, salvo que se haya producido por negligencia o mala conducta deliberada del arrendatario.

También debe indemnizar el arrendador al arrendatario por cualquier reclamación realizada por terceras personas en relación con las obligaciones del arrendador, salvo por: daños incidentales como los derivados de la pérdida de ingresos u otros beneficios económicos; pérdidas que surjan de reclamaciones hechas en relación con los pasajeros, equipaje, carga y correos; pérdidas que surja de la negligencia o mala conducta deliberada del arrendatario; y pérdidas de las que el arrendatario asume la responsabilidad de conformidad con los términos y condiciones del contrato de *leasing*<sup>168</sup>.

En cualquier caso, es necesario asegurarse de que cada parte con respecto a la otra, es capaz de cumplir con sus obligaciones en cuanto a las indemnizaciones y además se realiza correctamente, de conformidad con los requisitos legales. Por lo tanto, cada parte debe realizar el seguro adecuado, conforme a los tipos y en las cantidades señaladas en la industria del transporte de aviación civil<sup>169</sup>. Cada parte

<sup>166</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 230.

<sup>167</sup> Para un análisis detallado de las obligaciones de arrendador y arrendatario bajo un *wet lease* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 230-232.

<sup>168</sup> Para un mayor detalle en cuanto a las indemnizaciones a realizar por ambas partes vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 232-233.

<sup>169</sup> Existen regulaciones en la materia, entre los que deben mencionar el Reglamento (CE) núm. 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002 (DO núm. L 140, 30 mayo 2002), por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997 (DO núm. L 285, 17 octubre 1997) sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso accidente, que tiene como ámbito de aplicación: "El presente Reglamento desarrolla las disposiciones pertinentes del Convenio de Montreal en relación con el transporte aéreo de pasajeros y su equipaje y establece determinadas dispo-

debe nombrar a la otra en la póliza de seguro como un coasegurado o como beneficiario o como ambos, tal y como sea lo adecuado, de manera que cada parte recibirá un certificado del seguro de la otra parte al comienzo del *leasing*.

**78.** La renta a pagar en un contrato de *wet lease* por el arrendatario al arrendador se basa y se calcula en método diferente al utilizado con respecto a un *dry lease*, que es un *leasing* de una aeronave sin tripulación o prestación de servicios. En un *wet lease* la renta es calculada en términos de horas de vuelo mínimas y extras, pero además incluye los costes de amortización de la aeronave, salarios de la tripulación, mantenimiento, seguros y beneficios del arrendador<sup>170</sup>. Normalmente en un *wet lease* el arrendatario asume pagar al arrendador una cantidad igual al número de horas realizadas en un determinado período, normalmente un mes, de manera que se garantiza un mínimo número de horas. Después, el arrendatario pagará cada hora adicional en exceso, pero a un precio más bajo.

La renta y otras obligaciones de pago bajo el *wet lease* son generalmente asegurados por un depósito de garantía pagado por el arrendatario en efectivo o en forma de una irrevocable "letter of credit" a beneficio del arrendador o un fideicomiso. Sin embargo, como se ha podido comprobar debería ser el arrendador en vez del arrendatario el que debería realizar el depósito de garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

Con respecto al pago del alquiler en sí mismo, el arrendatario normalmente paga de dos a cuatro semanas por adelantado, en base al mayor número de horas que van a ser realizadas de acuerdo con los vuelos programados acordados o al mínimo número de horas garantizadas. Las horas extras son normalmente pagadas diez días después de cada período de alquiler junto con otras cargas que se le deban pagar al arrendador bajo el acuerdo de *leasing*.

**79.** Cuando se trata de un *wet lease* donde arrendador y arrendatario operan bajo la jurisdicción de la misma autoridad de aviación civil, existen pocos problemas regulatorios. Pero cuando no se da esta circunstancia y ambas partes operan bajo distintas autoridades, se plantean serios problemas en aspectos tales como: el consentimiento de la autoridad de aviación civil del arrendatario, el mantenimiento de la aeronave, el personal de vuelo o los prestamistas de los arrendadores<sup>171</sup>.

### **E. Sale and Leaseback**

**80.** Aunque ya se ha explicado al tratar los tipos de *capital lease*, se incluye en esta categoría también, porque puede ser tanto un *capital lease* como un *operating lease*.

## **IV. Clasificación de los contratos de leasing internacional de grandes aeronaves civiles**

**81.** Este análisis de la dimensión económica del *leasing*, es fundamental para estudiar la dimensión jurídica del *leasing*. Si se está ante un caso de *operating lease*, tanto si se trata de una de las complejas figuras estudiadas en el epígrafe anterior, como pueda ser el *JOL*, u otro tipo más sencillo, es importante determinarlo. Pues si se tratara de este último supuesto, probablemente se va a reflejar en

---

*siciones complementarias. También hace extensiva la aplicación de dichas disposiciones al transporte aéreo en el interior de un Estado miembro*". Así como, se debe mencionar por su importancia el Convenio de Roma de 1952 sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Instrumento de Ratificación del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, firmado en Roma el 7 de octubre de 1952, BOE núm. 117, 17 mayo 1961). Habrá que estar a lo que establezcan dichos instrumentos internacionales en materia de seguros.

<sup>170</sup> Para el cálculo de la cuota de alquiler se distingue entre "block hour" y "flight hour". Para comprender la diferencia entre cada uno de estos términos *vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, p. 234.

<sup>171</sup> Para un análisis en profundidad de estos problemas, surgidos fundamentalmente por la dificultad en un *wet lease* de delimitar las funciones y obligaciones de arrendador y arrendatario *vid.* D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume I, General Principles, IATA, Montreal, 2005, pp. 235-244.

la práctica en un contrato de arrendamiento operativo o lo que es lo mismo un contrato de alquiler en sentido estricto, que como se verá al estudiar esta modalidad contractual, en todos los ordenamientos será calificado como un contrato de prestación de servicios<sup>172</sup>. Eso sí, dentro de estos contratos de arrendamiento operativo de aeronaves, se debe distinguir también entre los contratos de alquiler de aeronaves conocidos como *dry lease* y los denominados *wet lease*.

Sin embargo, si se trata de un *financial* o *capital lease*, lo habitual es que dado que al financiar la adquisición de grandes aeronaves civiles, el valor económico de la operación provoca que se lleve a cabo mediante algún tipo de *leveraged lease*, éste se materialice a nivel jurídico a través de grupos de contratos, conocidos como “*ensemble conventionnel complexe*”, en los que lo habitual es que la autonomía de la voluntad conflictual rijan dichos contratos. No es común, ni en cierto modo lógico -por la magnitud económica que adquieren estas operaciones- que cuando se trata de la financiación de grandes aeronaves civiles se recurra a un contrato de arrendamiento financiero o de *leasing*, utilizado habitualmente en los distintos Estados -tanto en los que rige el *Common Law* como en los países donde rige el Derecho Civil- para la adquisición de otros bienes de equipo como pueden ser los automóviles o los equipos informáticos<sup>173</sup>. Sin embargo, se va a estudiar pues el contrato de arrendamiento financiero de manera separada, puesto que aunque se usa menos para la financiación de aeronaves que para otros bienes de equipo, el hecho es que se utiliza y además, es la base para comprender las operaciones de *leasing* más complejas, como los citados *leverage lease*.

**82.** Por lo tanto, en primer lugar, se va a analizar la competencia judicial internacional y la ley aplicable al contrato de arrendamiento financiero internacional en el marco de la Unión Europea <sup>174</sup>. Aunque existe incidencia de la normativa europea en materia de financiación o de ordenación bancaria sobre los mismos, no van a tratarse en el presente trabajo por tratarse de normas imperativas que deben cumplirse independientemente de la ley que regule el contrato<sup>175</sup>. Por otro lado, las normas materiales contenidas en la Convención de Ottawa sobre arrendamiento financiero internacional han tenido una relevancia escasa en la práctica internacional, por lo que tampoco va a ser estudiado en profundidad<sup>176</sup>.

Después se van a tratar los *financial lease* cuando forman un grupo de contratos, que se redactan con el objetivo de reflejar jurídicamente una gran operación que tiene como objeto financiar la adquisición de grandes aeronaves civiles. Estas operaciones son intrínsecamente internacionales, por lo que también se va a estudiar la competencia judicial y la ley aplicable a los mismos.

**83.** Por último, aunque el *operating lease* se refleja en un contrato más fácil de tipificar, se deben diferenciar los contratos denominados como *dry lease* de los *wet lease*, sobre los cuales se estudiará tanto la competencia judicial como la ley aplicable a los mismos.

<sup>172</sup> Como se ha podido comprobar, cuando se trata de un *JOL* o de otra clase de *operating lease* que sea compleja, aunque también se reflejan a nivel jurídico en grupos de contratos, la operación finaliza con un contrato de arrendamiento operativo entre la aerolínea como cliente y la empresa que lo arrienda, normalmente una *SPV*. Mientras que por otro lado, puede tratarse de un *operating lease* más sencillo, realizado entre cualquiera de los denominados *operating lessor*, como *GECAS* o *ILFC* como arrendadoras y las aerolíneas como clientes, en el que el contrato de arrendamiento operativo es el único contrato.

<sup>173</sup> En los países de la Unión Europea al contrato de arrendamiento financiero se le conoce como tal o como contrato de *leasing*, pero son el resultado de operaciones de financiación de aeronaves conocidas como *financial* o *capital lease*. Así que para evitar confusiones de esta clase de *leasing* con los *operating lease*, dicho contrato será denominado de arrendamiento financiero.

<sup>174</sup> En cuanto a Estados Unidos, que es un Estado plurilegislativo, no cuenta con normas de Derecho internacional privado, de manera que si un Estado se declara competente en virtud de sus normas de competencia judicial internacional, dicho Estado va a aplicar su propia ley. Nos interesa conocer en caso de litigio las normas de aplicación de la Unión Europea y Estados Unidos, porque los mayores fabricantes Airbus y Boeing tienen su sede en Francia y Estados Unidos respectivamente, pero si se planteara un litigio en cualquier otro Estado, éste aplicaría sus normas internas para resolver las cuestiones arriba planteadas.

<sup>175</sup> Art. 9 Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE núm. L 177, 4 julio 2008, p. 13.

<sup>176</sup> Convención de UNIDROIT del que Francia, Italia y Estados Unidos son parte, pero España y Alemania no lo son, por lo que su importancia va a ser relativa. Además establece requisitos tan restrictivos para su aplicación, que en la práctica su uso ha sido muy escaso.  *Vid. el ámbito de aplicación material y espacial de la Convención de UNIDROIT en P. RODRÍGUEZ MATEOS, El contrato de leasing mobiliario internacional, Eurolex, Madrid, 1997, p. 80-83.*

## V. Contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles

### 1. Cuestiones preliminares

**84.** La interacción entre Derecho y Economía, necesaria para poder tener una visión interdisciplinaria de los problemas se refleja en el *leasing*, en concreto en el *financial lease*, que tal y como lo definen algunos autores, es una técnica jurídica al servicio de un requerimiento económico de crédito a mediano y largo plazo<sup>177</sup>.

Como ya se ha visto al analizar la dimensión económica del *leasing*, en una operación sencilla de *leasing* financiero o *financial lease* existen tres centros subjetivos de dicha operación que son: la aerolínea interesada en el uso del bien, que pretende disfrutar de él en unas condiciones de financiación beneficiosas para la aerolínea y para la empresa a la que pertenece la aeronave, y aunque adquiere la aeronave sin adquirir la propiedad, no desecha su futura adquisición, puesto que existe una opción de compra; la sociedad de *leasing*, que es la intermediaria en la operación de financiación, es la que procura el uso de la aeronave y se asegura el importe correspondiente a la financiación de la misma, conservando la plena propiedad de la aeronave; y por último, el fabricante de las aeronaves que es el vendedor y que encuentra en el *leasing* una forma de incrementar sus ventas, precisamente porque el coste de adquisición de las aeronaves es muy elevado y es más fácil que las adquiera una sociedad de *leasing*, sobre todo cuando se trata de aerolíneas nuevas o pequeñas<sup>178</sup>.

**85.** Esta es una figura contractual, que como otras muchas figuras contractuales más modernas como pueda ser el *factoring*, es el reflejo de la racionalidad económica a la que tiende la empresa a través de contratos de cooperación o contratos conexos o grupos de contratos, en los que ya no se trata de entregar un bien y pagar por él, sino de habilitar los instrumentos jurídicos que sean pertinentes para que los sujetos intervinientes en esta operación desarrollen su actividad, con el menor riesgo, a la vez que incrementan su interés empresarial<sup>179</sup>. Por ello, como ya se podido comprobar, el *leasing*, tanto el *financial lease* como el *operating lease*, es una institución vital para las economías y una alternativa financiera para cualquier empresa, permitiendo a dichas empresas una mayor dinamicidad de sus inversiones<sup>180</sup>.

Por lo tanto, el *leasing* como se ha venido afirmando por la doctrina es muy frecuente en la dinámica de los contratos de empresa, aunque esto no significa que cada vez más trascienda el ámbito empresarial<sup>181</sup>. Si se define contrato de empresa como aquél que es utilizado por un empresario, entonces en principio no entrarían dentro de este concepto ni el *leasing* público, ni el *leasing* de consumo<sup>182</sup>. Sin

<sup>177</sup> M.-A. BONFANTI, *Contratos bancarios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 265.

<sup>178</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 26; M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 55; M. DE TORRES ZAPATERA, "El arrendamiento financiero en Derecho inglés", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 76; J.-L. COLINO MEDIAVILLA, "El *leasing* financiero en Italia", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, "Régimen jurídico del *leasing* en Portugal", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 142; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, "El contrato de *leasing*", en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 229.

<sup>179</sup> Cuando es necesario desarrollar varios contratos para llevar a cabo un *leasing*, a estos contratos algunos autores les denominan contratos de cooperación, pero la denominación más común es grupo de contratos o "*ensemble conventionnel complexe*" en francés (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 795).

<sup>180</sup> Sobre el *leasing* y en concreto sobre las ventajas fiscales, financieras y de obsolescencia del *operating lease* vid. E.-T. CASTELLO TALIANI, *Estudio económico de los contratos de leasing y su captación en los informes contables*, Ministerio de Economía y Hacienda/ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1989, pp. 32 y 57-62.

<sup>181</sup> Esta calificación del contrato de *leasing* como contrato de empresa es un aspecto en el que coinciden la mayoría de los ordenamientos, pues surge como consecuencia de la práctica empresarial.

<sup>182</sup> Sobre el *leasing* público y el *leasing* de consumo vid. P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 27-31. En esta misma línea, aunque en Derecho italiano existe la posibilidad de que el *leasing* se realice por un consumidor, pues las normas no exigen que se destine el bien cedido al ejercicio de una actividad, los formularios y las normas fiscales y sobre subvenciones provocan que en la mayoría de los casos el usuario ejercite una actividad económica a la que destina el bien. Algo parecido sucede en Derecho portugués, donde tampoco se impide el *leasing* por consu-

embargo, este problema no se va a abordar en el presente trabajo porque se van a estudiar los contratos de *leasing* de grandes aeronaves civiles entre empresas que son los casos más comunes, no tratando casos más puntuales de la adquisición de las grandes aeronaves civiles por particulares con elevado poder adquisitivo –porque el precio aunque sea de una sola aeronave es muy alto-, ni por entes públicos.

**86.** Cuando las aerolíneas necesitan de una aeronave o aeronaves para poder explotarlas, éstas disponen de dos opciones de inversión: o bien la adquisición de las mismas, a través de la financiación (arrendamiento financiero), o el alquiler (arrendamiento operativo). Y todo ello, teniendo en cuenta las posibilidades de obtener financiación por parte de la aerolínea, así como la capacidad de asumir los riesgos asociados con la propiedad de la aeronave, como por ejemplo el riesgo de obsolescencia de la misma.

Una vez que la aerolínea decide adquirir la propiedad de la aeronave, debido a la necesidad de atender a un mercado, el aéreo, -que ha seguido creciendo a pesar de la crisis y que se espera que siga creciendo en los próximos años-, durante un plazo prolongado de tiempo, que coincide con la vida económica de la aeronave, ésta toma la decisión de recurrir a la financiación, en concreto a través del arrendamiento financiero. Este es un sistema alternativo a otros sistemas de financiación como pudieran ser los préstamos, y con un atractivo sistema tributario, a través del cual la sociedad de *leasing* concede el crédito necesario para la adquisición de la aeronave y se reserva la propiedad de los mismos como garantía de la devolución del crédito concedido. Es una forma de incentivar la inversión mediante un tratamiento fiscal adecuado y más favorable que la adquisición directa de la aeronave de la aerolínea al fabricante, por ejemplo a través de un préstamo.

Así pues, se va a proceder a delimitar el ámbito operativo del arrendamiento financiero, que supone la participación de una sociedad de financiación o *leasing*, que prácticamente no tiene ninguna responsabilidad frente a la aerolínea arrendataria, y que se enmarca dentro del contrato de empresa, es decir entre profesionales<sup>183</sup>. Desde el punto de vista del arrendador, los requisitos exigidos a la sociedad de *leasing* y su posición especial en el contrato de arrendamiento financiero hace que sea prácticamente imposible el ejercicio no profesional de esta actividad<sup>184</sup>. Desde el punto de vista de la aerolínea arrendataria, el análisis de la razón de ser económica del arrendamiento financiero, le confiere una dimensión de contrato de empresa pero, sobre todo, de contrato de financiación.

Por lo tanto, se puede decir que a través del arrendamiento financiero no se financia el uso de la aeronave, sino su adquisición, lo que supone que el haber optado por este tipo de *leasing* como forma de financiación, implica que se ha optado por la adquisición en el plano de la inversión<sup>185</sup>. Sin embargo, existen opiniones con las que es lógico estar de acuerdo de que el arrendamiento financiero no puede ser tratado exclusivamente como una decisión de financiación, posterior a la decisión de inversión o adquisición de la aeronave o aeronaves, sino que también es una decisión de inversión. En este sentido, aunque normalmente la decisión de inversión se realiza previamente a la decisión de financiación, la posibilidad de llevar a cabo un acuerdo de arrendamiento financiero forma parte del análisis de adquisición de la aeronave más que tratarse de una materia puramente financiera. Por lo tanto, no se puede

---

midores, pero suele emplearse por profesionales, teniendo por objeto bienes destinados a sus fines empresariales (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 145). Sin embargo, en otros ordenamientos, dentro de los contratos de arrendamiento financiero se incluyen los de *leasing* de consumo, siendo este el caso del UCC de Estados Unidos, a los que además de la normativa existente en materia de arrendamiento financiero, se les aplica la normativa sobre protección de consumidores aplicable (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 56).

<sup>183</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 32.

<sup>184</sup> Aunque esto es así en la mayoría de los ordenamientos, en el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos, no es necesario que intervenga una sociedad de *leasing* para que sea considerado un arrendamiento financiero como tal (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 55-57).

<sup>185</sup> En este sentido *vid.* A. DURÁN-SINDREU BUXADÉ, *Fiscalidad de las operaciones de leasing: reflexión en torno a su conveniencia y análisis de posibles controversias*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 16. De nuevo, esto se cumple en la mayoría de los ordenamientos, a excepción del *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos, donde los verdaderos arrendamientos cuyo objetivo es financiar el uso –no sólo la adquisición-, también son considerados arrendamientos financieros (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 56).

separar la decisión de adquirir una aeronave de la elección del método de financiación, ya que dependiendo del modelo de financiación, puede ser o no rentable la adquisición de la aeronave<sup>186</sup>. Desde este punto de vista, el arrendamiento financiero se puede plantear no sólo como financiación, sino también como inversión, aunque es la financiación la que atribuye las características particulares y específicas al arrendamiento financiero.

### A. Calificación del contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles

**87.** La calificación que es una operación jurídica que tiene lugar en todos los sectores del Derecho, en el caso del arrendamiento financiero adquiere mucha relevancia, debido a su especial naturaleza de contrato o contratos dirigidos a la financiación, como ya se ha señalado anteriormente y a la complejidad del contrato de arrendamiento financiero. Sin embargo, en el caso del Derecho internacional privado, la calificación presenta la particularidad de que la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero internacional, -al contrario de lo que sucede con otras instituciones- no es muy distinta entre la mayoría de los Derecho estatales europeos<sup>187</sup>. Aunque sí que existe alguna diferencia mayor con respecto al tratamiento que recibe este tipo de contratos, en los ordenamientos anglosajones. Es más, cabe afirmar que la calificación y por tanto, la regulación de este tipo de contratos realizada por las leyes del Reino Unido son muy distintas a las dispensadas por las de Estados Unidos.

En cualquier caso, se va a analizar cómo se califican las operaciones de arrendamiento financiero tanto desde el punto de vista del Derecho comparado, es decir de las legislaciones de los distintos Estados, como desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

**88. Naturaleza jurídica.** Al hacer un análisis de Derecho comparado, para la calificación del arrendamiento financiero, es decir para determinar su naturaleza jurídica, la jurisprudencia y la doctrina, tanto españolas como extranjeras, sobre todo las europeas -que son los que se plantean más los problemas de calificación- han estado dudando entre su consideración como simple arrendamiento, como negocio fiduciario, como venta a plazos o como venta condicional, entre otros.

**89.** Es precisamente el componente de financiación lo que permite que se distinga del puro arrendamiento y del alquiler con opción a compra.

Con respecto a este último caso, se debe decir que una de las diferencias con el contrato de arrendamiento financiero es que en éste no es obligatorio que exista opción de compra y que en el caso de que sea un elemento inherente a dicho contrato, como ocurre en la legislación española, su ejercicio es totalmente voluntario para el usuario<sup>188</sup>. Además, con el alquiler con opción de compra, llamado en inglés *hire purchase*, se atribuye automáticamente al comprador la propiedad del bien cuando ya se ha pagado el precio de venta, mientras que en el arrendamiento financiero esta transferencia de la propiedad requiere la aceptación de la compra al finalizar el contrato por parte de la aerolínea arrendataria, pero también puede optar por la devolución de la aeronave o por la renovación del contrato de arrendamiento

<sup>186</sup> Vid. E.-T. CASTELLO TALIANI, *Estudio económico de los contratos de leasing y su captación en los informes contables*, Ministerio de Economía y Hacienda/ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1989, pp. 70-73.

<sup>187</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 409. Sobre las diferentes tesis para solucionar el problema de la calificación en Derecho internacional privado vid. A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, pp. 409-416.

<sup>188</sup> Sobre operaciones de arrendamiento financiero en Derecho español vid. la Disposición Adicional 3<sup>a</sup>.1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE núm. 156, 27 junio 2014. El contenido de dicha norma es el mismo que el de la norma que deroga, que es la Disposición Adicional 7<sup>a</sup>.1 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, BOE núm. 182, 30 julio 1988. Esto nos viene a indicar que la definición del contrato de arrendamiento no ha sido modificada en el período que existe entre ambas normas. Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, sobre el contrato de arrendamiento financiero, se establece que incluir la opción de compra en dicho contrato sea opcional y no obligatorio (art. 576-1.1 Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 y aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de junio de 2014, disponible en línea en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html) (consultado el 30 de junio de 2014)).

financiero<sup>189</sup>. Otra diferencia entre ambas figuras es que en el alquiler con opción a compra, este alquiler puede ser finalizado en cualquier momento y es el arrendador el que garantiza la adecuación de la aeronave para el uso y disfrute de la aeronave y se responsabiliza de los daños causados; mientras que en el arrendamiento financiero esa responsabilidad recae sobre la aerolínea arrendataria, que aunque no es considerada la propietaria de la aeronave, asume la responsabilidad y el riesgo similares a los que se le atribuyen en el alquiler con opción a compra al arrendador<sup>190</sup>.

Por otro lado, el arrendamiento financiero tampoco puede ser calificado como un arrendamiento en sentido puro, puesto que no sólo se cede el uso de la aeronave a cambio de una cuota –que es en lo que consiste el arrendamiento–, sino que el arrendamiento financiero tiene una objetivo económico específico que es la financiación de dicha operación de *leasing* a través de sociedades constituidas para ello, con intervención directa o no del fabricante de las aeronaves<sup>191</sup>. Aunque en algunos ordenamientos, como es el caso de Estados Unidos, a pesar de reconocer las diferencias entre un arrendamiento financiero y un arrendamiento común, dentro de los contratos de arrendamiento financiero se incluyen los contratos que constituyen verdaderos arrendamientos, cuyo fin es financiar el uso de la aeronave y no la adquisición<sup>192</sup>.

**90.** También se ha llegado a considerar al arrendamiento financiero como un tipo de préstamo, puesto que desde un punto de vista económico, presenta muchas de sus características<sup>193</sup>. Concretamente el arrendamiento financiero podría ser entendido como una operación de préstamo con garantía real. Sin embargo, son figuras distintas porque la propiedad en el caso del arrendamiento financiero la tiene el arrendador o sociedad de *leasing*, hasta que la aerolínea arrendataria decida ejercer o no la opción de

<sup>189</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 34; M. DE TORRES ZAPATERA, “El arrendamiento financiero en Derecho inglés”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 71-73.

<sup>190</sup> Los jueces españoles dejan esto claro en varias sentencias. *Vid.* Sent. Aud. Prov. de Santa Cruz de Tenerife, 26 septiembre 1992, *Revista General de Derecho*, núm. 582, 1993, pp. 2566 y ss.; Comentario a esta sentencia de E. RODRÍGUEZ ROVIRA, “Incumplimiento de la obligación de entrega en los contratos de *leasing*”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 52, 1993, pp. 1177 y ss. En esta sentencia se afirma que la sociedad de *leasing* no es responsable de la falta de entrega de los bienes objeto del contrato, debiendo limitarse a la adquisición de la propiedad de acuerdo con las indicaciones efectuadas por el arrendatario, quien en caso de incumplimiento podrá acudir a la cláusula de subrogación expresa, y actuar frente al fabricante o proveedor, que es sobre quien recae esa obligación, y en relación con el contrato de compraventa. *Vid.* STS, 26 junio 1986, *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 4786. En esta sentencia se especifica que el bien, que en nuestro caso sería la aeronave, es entregado por el fabricante o proveedor directamente al arrendatario, quien lo recibe por cuenta y en nombre del arrendador, siendo por cuenta del arrendatario los gastos que origine la entrega, tales como el transporte, montaje e instalación. Por lo tanto se produce, al igual que en la primera sentencia analizada, una exención de responsabilidad de la empresa de *leasing* y una subrogación del arrendatario en los derechos del arrendador respecto de las acciones que éste tuviera que hacer como comprador frente al vendedor. Pero no sólo es considerado así en Derecho español, sino que en otros ordenamientos como el italiano, también se exonera de responsabilidad a la sociedad de *leasing* por falta o retraso en la entrega, o por vicios en el bien (J.-L. COLINO MEDIAVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 124-127). De la misma manera, en el Derecho portugués, las relaciones entre el vendedor y el arrendatario se basan en el reconocimiento legal de una acción directa por parte del arrendatario frente al fabricante o proveedor del bien, para el ejercicio de todos los derechos relativos al bien objeto de *leasing* o que surjan del contrato de compraventa (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 160-163). En el caso del UCC de Estados Unidos, establece en esta misma línea, que los compromisos asumidos por el arrendatario en todo arrendamiento financiero, que no sea de consumo, se hacen irrevocables e independientes con la aceptación del bien arrendado (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 60-63).

<sup>191</sup> En el entorno de la normativa italiana, se afirma que en el arrendamiento financiero la prestación consiste en la concesión del uso del bien y no, como sucede en el arrendamiento, en la obligación del propietario de procurar el disfrute de la cosa (E.-M. BEY, “De la location financière ou “locazione finanziaria” en Italia”, *Droit et Pratique du Commerce Internationale*, vol. 13, 1987-3, pp. 543 y ss.). También, en su momento, en la doctrina española se estudió la perspectiva arrendaticia del *leasing* (R. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA/ T. DE GISPER PASTOR, “La operación de *leasing* ¿es una operación de crédito?”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 31, 1988, pp. 487 y ss). Sin embargo, en la actualidad, en ambos ordenamientos –en el italiano y en el español– se diferencia de forma clara el arrendamiento financiero del arrendamiento simple (J.-L. COLINO MEDIAVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 116-117; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 221).

<sup>192</sup> M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 56.

<sup>193</sup> L. RÉCZEI, “Leasing and its Unification”, *Unification. Liber Amicorum J. Sauveplanne*, Kluwer, Deventer, 1984, p. 217.

compra, mientras que en un préstamo con garantía real, la propietaria desde un primer momento es la aerolínea<sup>194</sup>. Además, en el préstamo con garantía real existe la obligación de devolver la cantidad de dinero prestada, lo cual no se observa en el arrendamiento financiero<sup>195</sup>.

91. Por otro lado, se ha destacado su similitud con la venta a plazos<sup>196</sup>. Sin embargo, en ciertos Estados en los que existe una regulación sobre la venta de bienes muebles a plazos se excluyen expresamente los contratos de arrendamiento financiero<sup>197</sup>. Pero además, como ya se ha señalado antes, el arrendamiento financiero tiene un carácter tripartito, en el que el beneficiario de la garantía es una entidad financiera intermediaria y el objeto, una operación de financiación para adquirir<sup>198</sup>. Mientras que, la venta a plazos se trata de una operación bipartita entre el comprador y el proveedor o fabricante, y las garantías sobre la propiedad retenida favorecen, no a una entidad financiera, sino al proveedor o fabricante, estando destinado a facilitar el intercambio de bienes, no a la financiación<sup>199</sup>.

También es diferente el arrendamiento financiero de la venta con precio aplazado, porque aunque se partiera de la tesis de la bilateralidad del contrato de arrendamiento financiero y a pesar de que en dicho contrato, normalmente el arrendatario está obligado a adquirir el bien objeto de *leasing*, -en nuestro caso la aeronave-, por razones económicas, la opción de compra por parte del arrendatario es libre, lo cual no sucede con la venta con precio aplazado<sup>200</sup>. En este sentido, la intervención de la socie-

<sup>194</sup> En la jurisprudencia española la cuestión está bastante clara. *Vid.* STS Granada, 20 julio 1992, *Revista General de Derecho*, núms. 589-590, 1993, pp. 11121 y ss. Donde se afirma que en el arrendamiento financiero, existe un contrato de compraventa perfecto donde se traslada el dominio hasta el comprador, sociedad de *leasing*, con independencia de que la causa de la transmisión sea la operación posterior de *leasing*, siendo necesario que el arrendatario ejercite la opción de compra para que éste sea el titular del dominio.

<sup>195</sup> *Vid.* Sent. Audiencia Provincial de Madrid, 8 junio 1993, *Revista General de Derecho*, núms. 589-590, 1993, pp. 10541 y ss. En esta sentencia se señala que en el art. 1740 Código Civil español se establece respecto del préstamo, la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, lo cual no se cumple en el contrato de arrendamiento financiero. *Vid.* N. CORBO, *Autonomía privada e causa de financiamiento*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 188. Donde el autor afirma que aunque el contrato de arrendamiento financiero tiene su origen en la financiación, no se trata de un contrato de crédito, en virtud del cual se concede al arrendatario una cantidad de dinero que debe ser devuelta, porque si fuera así éste debería devolver una suma que no ha percibido.

<sup>196</sup> En este sentido, la jurisprudencia española ya resalta las similitudes entre ambas figuras (STS, 8 junio 1993, *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 852; Comentario a esta sentencia de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “El *leasing* financiero y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXIII, 1980, pp. 758 y ss). Pero además el Tribunal Supremo español también señala la diferente naturaleza que existe entre la venta a plazos con reserva de dominio y el arrendamiento financiero, en la que el arrendamiento financiero debía excluirse de la normativa de la venta a plazos, por ser ajena a la intención de las partes (STS, 10 abril 1981, *Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 1532).

<sup>197</sup> En la legislación española, el ya derogado Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre Medidas Fiscales, Financieras y de Inversión (BOE núm. 50, 28 febrero 1977), en su art. 21, excluía el arrendamiento financiero del ámbito de la entonces Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos (BOE núm. 173, 21 julio 1965). La ley anterior está derogada por la actual Ley 28/1998, sobre Venta a Plazos de Bienes Muebles, donde en su art. 5 se excluyen expresamente los contratos de arrendamiento financiero, aunque prevé la posibilidad de que determinados arrendamientos, los que tienen por objeto los bienes muebles corporales, no consumibles e identificables, puedan inscribirse en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, BOE núm. 167, 14 julio 1998).

<sup>198</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 37.

<sup>199</sup> *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, *Garantías reales en el comercio internacional. Reserva de dominio, venta en garantía y leasing*, Civitas, Madrid, 1993, p. 211. Sin embargo, este autor reconoce que el hecho de que si una venta a plazos se somete al mismo régimen que los préstamos de financiación, realizando la cesión de la reserva de dominio a la entidad financiera, provoca que no exista diferencia entre el *leasing* con finalidad traslativa y la venta a plazos con reserva de dominio. Esto es debido a que con esta última, gracias al préstamo de financiación concedido al vendedor o fabricante, la reserva de dominio se traslada a la entidad financiera que ha satisfecho al fabricante el valor del bien, subrogándose en todos sus derechos frente al acreedor, incluyendo la reserva de dominio. Aunque evidentemente para llegar a esta conclusión es necesario que el arrendamiento tenga finalidad traslativa, que no siempre se cumple -como se podrá comprobar-, además se está dejando de lado el otro componente que es sustancial en el *leasing*, el arrendamiento, y que no se observa en la venta a plazos con o sin reserva de dominio. Este mismo argumento es el utilizado en Derecho italiano para distinguir al arrendamiento financiero de la compraventa a plazos con reserva de dominio, sin olvidarse de que en esta última la finalidad esencial es vender, mientras que en el arrendamiento financiero la finalidad es la intermediación financiera (J.-L. COLINO MEDIAYLLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 117). Por no mencionar, las ventajas fiscales, contables, registrables y concursales con las que cuenta el *leasing* frente a la venta a plazos con reserva de dominio, señaladas en la UCC de Estados Unidos (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 46).

<sup>200</sup> Por ejemplo en el Derecho español, la DGRN en su Resolución de 12 de mayo de 1994, excluye la vinculación automática entre el contrato de *leasing* y el efecto traslativo (Resol. DGRN de 12 de mayo de 1994, *BIMJ*, núm. 1714, 25 julio

dad de *leasing* en el contrato de arrendamiento financiero, no es la de una promoción de ventas, sino la de obtener un beneficio como consecuencia del servicio financiero que realiza y no se trata de aplazar el pago de una cantidad debida desde un primer momento, sino que el plazo determina el interés a pagar y forma parte de la esencia del negocio<sup>201</sup>.

Sin embargo, como ocurría con la tendencia que se observaba entre las empresas de Estados Unidos a no querer dejar claro si se trataba de un *capital lease* o de un *operating lease*, también existía en Europa por parte de las empresas un interés en disimular las ventas a plazos a través del arrendamiento financiero, como consecuencia de las ventajas fiscales del mismo<sup>202</sup>. El que sea considerado como una u otra figura va a depender de la verdadera intención de las partes, ya que como la calificación de un contrato se realiza en función del contenido obligacional convenido, debe observarse la verdadera naturaleza del contrato derivada de la intención real de las partes contratantes<sup>203</sup>. Por esta razón, cuando la causa del contrato no es la cesión del uso de los bienes por un tiempo determinado y precio cierto con opción de compra, sino la inmediata transmisión de la propiedad de esos bienes mediante el pago de un precio cierto, se estará ante una causa de contrato de compraventa<sup>204</sup>. Pero a veces es difícil discernir esta finalidad económica, con lo cual es relativamente sencillo para las partes simular un contrato de venta a plazos como contrato de arrendamiento financiero, cuando en realidad no lo es. Por lo tanto, se estima que un contrato es de venta a plazos y no de verdadero arrendamiento financiero, cuando el importe total de los alquileres sobrepasa el contravalor del disfrute del bien y comprende el precio de compra, de manera que el arrendatario, en nuestro caso la aerolínea, no tiene pendiente ningún pago al finalizar el contrato<sup>205</sup>.

**92. Caracteres.** La calificación del contrato de arrendamiento financiero como contrato de financiación, es decir con una causa contractual centrada en la financiación, es lo que ha permitido distinguirla de otras figuras afines, como ya se ha señalado<sup>206</sup>. Así que procede responder a la pregunta de cuáles son las características propias de dicho contrato.

Se tomará como punto de partida, el único instrumento internacional que ha tratado materialmente el arrendamiento financiero internacional. Así pues, el Informe explicativo de la Secretaría de

---

1994, pp. 4123 y ss). También en Derecho italiano, se reconoce que en el arrendamiento financiero no existe automatismo en la adquisición de la propiedad por el arrendatario, así como la opción de compra por su parte es opcional (G. BONFANTE, *Contratti commerciali* (A cura di G. Cottino), Cedam, Padua, 1991, p. 150).

<sup>201</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 38. En este mismo sentido en Derecho italiano vid. J.-L. COLINO MEDIAVILLA, "El *leasing* financiero en Italia", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 117.

<sup>202</sup> C. VIDAL BLANCO, *El leasing una innovación en la técnica de la financiación*, Instituto de Estudios Fiscales/ Instituto de Planificación Contable, 1977, pp. 313-14. Por ejemplo, en Derecho español, el régimen fiscal para los contratos de arrendamiento financiero se establece en el art 106 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 288, 28 noviembre 2014 (antiguo art. 115 de la anterior Ley del Impuesto sobre Sociedades ya derogada).

<sup>203</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 39. Por ejemplo, bajo la normativa del UCC, no resulta sencillo hacer pasar por un negocio lo que desde el punto de vista de la voluntad real de las partes y de su situación de intereses es otro negocio (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 46).

<sup>204</sup> En este sentido en el Derecho español vid. STS, 28 mayo 1990, *Aranzadi*, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 4092; Comentario a esta sentencia de A. REAL PÉREZ, "Leasing y compraventa", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 76, 1989-1990, pp. 347 y ss.

<sup>205</sup> Es la conclusión a la que llega la jurisprudencia francesa (TH.-M. MARGELLOS, *La protection du vendeur à crédit d'objets mobiliers corporels à travers la clause de réserve de propriété (Etude de droit comparé)*, LGDJ, París, 1989, p. 285). Así como en la jurisprudencia española en la SAP Madrid, de 11 octubre 1994 (AC\1994\2236). En este sentido, la jurisprudencia española recoge que un claro ejemplo de esta situación se produce cuando el arrendatario acepta desde el momento en que empieza el contrato, letras de cambio que comprenden el pago del valor residual, lo cual indica que la opción de compra ya no es voluntaria, por lo que no se trataría de un contrato de arrendamiento financiero, sino de un contrato de venta a plazos (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 40).

<sup>206</sup> M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 45-46; M. DE TORRES ZAPATERA, "El arrendamiento financiero en Derecho inglés", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 72; J.-L. COLINO MEDIAVILLA, "El *leasing* financiero en Italia", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 113; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, "Régimen jurídico del *leasing* en Portugal", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 135-136; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, "El contrato de *leasing*", en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 223-224.

UNIDROIT al Proyecto de Convención sobre arrendamiento financiero internacional de 1987, señalaba que, reuniendo el *leasing* las características de figuras ya existentes, sin embargo posee determinados aspectos de los modelos contractuales tradicionales, que les proporcionan una entidad jurídica propia e híbrida. En dicho Informe se admite que el arrendamiento financiero aglutina en una operación compleja elementos propios de la venta y del arrendamiento, pero el Derecho rector de cada uno de estos contratos no es suficiente para resolver las cuestiones jurídicas suscitadas por dicha complejidad.

Se plantea pues la creación de la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional, que recoge un conjunto de normas materiales, teniendo en cuenta los orígenes financieros del *leasing*, de manera que su marco jurídico debe ser fijado a partir de las finalidades económicas de la operación, sin forzar su encasillamiento en esquemas contractuales clásicos<sup>207</sup>. Es decir, que en dicho instrumento se define al contrato de arrendamiento financiero no sólo como un contrato complejo, sino también indirectamente como un contrato atípico<sup>208</sup>.

Aunque nos sirve para tener una primera aproximación de cómo se califica al contrato de arrendamiento financiero, como se verá dicho instrumento internacional va a ser de aplicación a los contratos de arrendamiento financiero internacionales que entran dentro de su ámbito, que es bastante limitado, por lo que van a existir numerosos casos a los que no les va a ser aplicable, por no mencionar los Estados que no lo han ratificado, como es el caso de España. Esta calificación del contrato de arrendamiento financiero como de contrato atípico y complejo, es la que se ha realizado por la doctrina y la jurisprudencia de los Estados europeos.

**93.** En cuanto a su calificación como contrato atípico, esto se manifiesta tanto en el Derecho sustantivo español, como en el Derecho de gran parte de los Estados europeos, puesto que en su mayoría no se contemplan ni regulan los derechos y obligaciones de las partes en los contratos de arrendamiento financiero<sup>209</sup>. Sin embargo, en el Derecho de los Estados Unidos de América, la distinción entre contratos típicos y atípicos no tiene sentido, porque lo habitual es que los contratos nazcan como contratos atípicos y sean legalmente atípicos<sup>210</sup>. Por lo tanto, se va a analizar lo sucedido en el Derecho español en lo que respecta a la calificación de este contrato, comparándolo con otros ordenamientos.

Así pues, en España, esta atipicidad deriva de que la primera regulación en la que el legislador daba carta de naturaleza al arrendamiento financiero no ofrecía un concepto, ni una tipificación legal del mismo, sino que simplemente realizaba una regulación orgánica y funcional de las entidades de arrendamiento financiero<sup>211</sup>. La normativa posterior que vino a sustituir dicha regulación en materia de

<sup>207</sup> UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international. Actes*. Vol. I, Roma, 1991, p. 37 y ss.

<sup>208</sup> Como no existía una regulación de dicho contrato se consideraba atípico, sin embargo sí que se trataba de un contrato típico socialmente, como consecuencia de su reiterada utilización en el tráfico mercantil y de las características propias que se derivaban de su específica actividad de financiación (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 45-46). De hecho, como se verá al tratar el derecho aplicable a los mismos en el Reglamento Roma I, el contrato de arrendamiento financiero internacional es considerado un contrato conflictualmente típico, aunque materialmente sea atípico (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 768-770).

<sup>209</sup> J.-L. COLINO MEDIAVILLA, "El *leasing* financiero en Italia", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 117; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, "El contrato de *leasing*", en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 223; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 769.

<sup>210</sup> Esto se debe a que estos contratos son producto de la práctica contractual norteamericana, donde el protagonismo de las empresas norteamericanas ha hecho que éstas impongan contratos que carecen de regulación en los ordenamientos jurídicos continentales (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 769).

<sup>211</sup> Arts. 19-26 Real Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero sobre Medidas Fiscales y de Inversión, BOE núm. 50, 28 febrero 1977; J.-M. VILLAR URIBARRI, Régimen jurídico del *leasing*. Cuestiones mercantiles, fiscales y penales, Edersa, Madrid, 1993, p. 3. Sin embargo, en Portugal, sí que ha existido desde un primer momento una regulación de los contratos de arrendamiento financiero, es más, en 1979 se aprueba la primera legislación sobre *leasing* para incrementar los niveles de inversión. Portugal es de los pocos países donde el *leasing* se configuró primero a nivel legislativo y sólo años después comenzó a introducirse en la práctica empresarial portuguesa (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, "Régimen jurídico del *leasing* en Portugal", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 135-136).

arrendamiento financiero, que es la Disposición Adicional 7<sup>a</sup>.1 de la Ley 26/1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, tampoco establecía un régimen jurídico *ad hoc* del negocio, por lo que no podía ser considerado como un contrato típico<sup>212</sup>. En la actualidad, la reglamentación vigente, que es la Disposición Adicional 3<sup>a</sup>.1 Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que entró en vigor el 28 de junio de 2014, viene a recoger la misma definición para el contrato de arrendamiento financiero<sup>213</sup>. Por lo tanto, la regulación establecida en la Disposición Adicional 3<sup>a</sup>.1 de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, cita textualmente: “*Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término en favor del usuario*”<sup>214</sup>.

En base a lo anterior y como señalan algunos autores y la jurisprudencia, los sujetos que intervienen en la operación de arrendamiento financiero son tres, el proveedor, la sociedad de *leasing* y el usuario<sup>215</sup>. La sociedad de *leasing* en vez de prestar el dinero a la parte que necesita adquirir un activo, el usuario, lo adquiere para ella, bajo las indicaciones de dicho usuario, a un proveedor para posteriormente otorgarle los derechos de uso y disfrute económico al mismo; pero la sociedad de *leasing* mantiene la propiedad sobre el bien, como garantía de la financiación prestada.

Esta relación entre los tres sujetos que intervienen se articula a través de dos contratos distintos: por un lado, el contrato de compraventa entre el proveedor y la sociedad de *leasing*; por otro lado, el específico del arrendamiento financiero entre la sociedad de *leasing* y el usuario, por el cual la sociedad financiadora se compromete a adquirir un bien y ponerlo a disposición del usuario, que a su vez debe pagar las cuotas establecidas en dicho contrato. El contrato de compraventa no presenta ninguna especialidad distinta respecto de la compraventa típica, a excepción de que el proveedor debe saber que vende un bien destinado al arrendamiento financiero, lo cual va a repercutir a la hora de establecer su responsabilidad, no con respecto a la sociedad de *leasing*, que es la que actúa como compradora, sino frente al usuario, con el que no le une ningún vínculo contractual.

<sup>212</sup> Disposición Adicional 7<sup>a</sup>.1 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, BOE núm. 182, 30 julio 1988; J.-L. SÁNCHEZ PARODI PASCUA, *Leasing financiero mobiliario*, Montecorvo, Madrid, 1989, pp. 154 y ss.

<sup>213</sup> Disposición Adicional 3<sup>a</sup>.1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE núm. 156, 27 junio 2014.

<sup>214</sup> Pero aunque no existe una regulación completa del contrato de arrendamiento financiero, sí que ha recibido un tratamiento legislativo preferentemente de carácter fiscal, siendo éste el caso de la Ley del Impuesto de Sociedades en la que se trata el régimen fiscal especial de determinados contratos de arrendamiento financiero (art 106 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, BOE núm. 288, 28 noviembre 2014). Además, se trata el arrendamiento financiero en el Plan General de Contabilidad español (Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, BOE núm. 278, 20 noviembre 2007; Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas, BOE núm. 279, 21 noviembre 2007). A modo aclaratorio, se debe decir que estos PGCs surgieron con el objetivo de armonización marcado por las instituciones comunitarias, tomando como referente en su redacción, con carácter general las normas internacionales de contabilidad adoptadas por la Comisión Europea y que estaban en vigor, que como ya se vió al tratar los aspectos económicos del *leasing* eran conocidas como NICs (Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, BOE núm. 160, 5 julio 2007; apartado donde se estudian las NICs aprobadas por la Unión Europea).

<sup>215</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 46-47. El carácter tripartito del arrendamiento financiero está claramente establecido en todos los ordenamientos (M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 58; M. DE TORRES ZAPATERA, “El arrendamiento financiero en Derecho inglés”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 76; J.-L. COLINO MEDIAVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 140; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 229).

Todo esto ha llevado a la afirmación de que a pesar de la unidad funcional y económica de la operación de arrendamiento financiero, como se ha visto, ésta confluye en un contrato complejo, puesto que aglutina dos contratos distintos; y atípico, puesto que no hay una regulación suficiente, que provoca que sean contratos sometidos a los principios de autonomía negocial y libertad de pactos<sup>216</sup>.

**94.** El problema que se planteó en su momento cuando surgió el *leasing*, fue que dado que el arrendamiento financiero surgió con una única causa de contenido económico, la financiación, era si éste podía generar un supuesto de negocio trilateral o bien un supuesto de contratos conexos, el de compraventa y el específico de arrendamiento financiero.

Pues bien, en el primer caso, es decir, en el caso de ser considerado un negocio trilateral, el fabricante o proveedor formaría parte del contrato de arrendamiento financiero, mientras que en el segundo caso no, lo cual es más lógico. Por otro lado, si el contrato de arrendamiento financiero fuera considerado un negocio trilateral, el incumplimiento de cualquiera de las partes, provocaría que el resto de las partes pudiesen solicitar la resolución de la operación entera<sup>217</sup>. Por lo tanto, no se puede englobar en un único contrato al proveedor, a la sociedad de *leasing* y al usuario, comenzando la unidad contractual con la compra del bien y finalizando con su adquisición por el usuario a través de la opción de compra, ya que no se puede unificar jurídicamente a los distintos contratos que se unen en el arrendamiento financiero, pues la compraventa que se produce en primer lugar, es jurídicamente independiente del arrendamiento financiero, que se sitúa posteriormente en el tiempo<sup>218</sup>.

Por lo tanto, la complejidad de las operaciones de arrendamiento financiero, provoca que no puedan llevarse a cabo a través de un contrato único. Aunque en su función económica, el arrendamiento financiero conjuga y satisface tres distintos intereses subjetivos, desde el punto de vista jurídico, la relación entre estos tres sujetos intervinientes, el fabricante, la sociedad de *leasing* y el arrendatario, no se articula a través de un único negocio trilateral, sino mediante la realización de dos contratos claramente diferenciados, aunque encadenados y dependientes entre sí por su integración en una misma operación: un contrato de compraventa y uno específico de arrendamiento financiero, teniendo en cuenta que mientras que la sociedad de *leasing* forma parte de los dos contratos, el fabricante sólo figura en el de compraventa y el arrendatario sólo en el de arrendamiento financiero<sup>219</sup>. Por lo tanto, en el arrendamiento financiero se producen dos relaciones que generan derechos y obligaciones de distinta naturaleza y contenido, de forma que la operación queda disociada en dos contratos que se concluyen separadamente, proveedor (fabricante)-sociedad de *leasing* y sociedad de *leasing*-arrendatario<sup>220</sup>.

<sup>216</sup> I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 223. Efectivamente distintos ordenamientos europeos, también señalan que el régimen jurídico del contrato de *leasing* se caracteriza por el predominio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes (J.-L. COLINO MEDIÁVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 106; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 138).

<sup>217</sup> En este sentido en el Derecho español vid. A. REAL PÉREZ, “Comentario a la Sent. TS de 22 de abril de 1991”, *Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil*, núm. 26, 1991, pp. 499 y ss. En esta misma línea, en el Derecho italiano se señala que la trilateralidad del arrendamiento financiero no es indispensable para la conclusión de la operación económica, ni resulta realizada, en la práctica, por las partes intervinientes en la operación, ni se puede considerar que se ajuste a los intereses en juego, que pueden resultar en ocasiones perjudicados (G.-A. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milán, 1989, pp. 161-164).

<sup>218</sup> En este sentido en el Derecho español vid. Resol. DGRN de 12 de mayo de 1994, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia y del Interior*, núm. 1714, de 25 julio 1994, pp. 4129 y 4130. En esta misma línea, en el Derecho italiano vid. V. CALANDRA BUONAURA, “Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria”, *Rivista di diritto civile*, 1978-2, pp. 181 y ss. En este artículo se pone de manifiesto que puesto que el arrendamiento financiero contiene una configuración plurilateral de relaciones, hace imposible que puedan reflejarse en un único contrato.

<sup>219</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 41. Sobre la bilateralidad de los contratos de arrendamiento financiero vid. M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 137; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 229.

<sup>220</sup> Tal y como se establece tanto en el ordenamiento portugués, como en el español (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 140; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014,

Sin embargo, en la operación de arrendamiento financiero, existe una conexión especial entre los dos contratos, el de compraventa y el específico de arrendamiento financiero, que se pone de manifiesto sobre todo cuando se trata de determinar la responsabilidad de las partes y la finalización de los contratos<sup>221</sup>. En este sentido, la sociedad de *leasing* cede al arrendatario todas las acciones que le corresponden frente al fabricante para reclamar el cumplimiento de la obligación de entrega o mantenimiento. Por lo tanto es el fabricante, el vendedor de la aeronave respecto de la sociedad de *leasing*, que compra la aeronave y al pagar el precio se convierte en propietario; pero es el arrendatario el que actúa como comprador, aunque no lo es en el contrato de compraventa, pues es quien reclama frente al fabricante. En definitiva, el fabricante no queda excluido de la relación, una vez que la aeronave se ha vendido y el arrendatario se subroga en los derechos y acciones propias del comprador<sup>222</sup>. La acción directa del arrendatario no implica que éste deba asumir la obligación de pago que corresponde a la sociedad de *leasing* frente al fabricante, sino que se trata de una subrogación o cesión de derechos de la sociedad de *leasing* en favor del arrendatario<sup>223</sup>. Por esta razón, se puede afirmar que aunque existe esta conexión entre ambos contratos en la operación de arrendamiento financiero, no tiene por qué implicar la unidad contractual del arrendamiento financiero, sino que se justifica a través de la figura de la subrogación contractual.

**95.** Como se ha detallado, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de los ordenamientos de los Estados europeos están de acuerdo en calificar al arrendamiento financiero como contrato atípico y complejo: atípico porque no existe una regulación *ad hoc* del mismo, estando por lo tanto, sometido al principio de la autonomía de la voluntad; y complejo, en el que existe una conexión de contratos, el de compraventa y el específico de arrendamiento financiero, pero que tienen una unidad económica y funcional. Pero además, el arrendamiento financiero en el Derecho español también ha sido calificado como de contrato mixto en el que se funden la cesión de uso y la opción de compra con una causa única, aunque en este caso se debe estar haciendo referencia al contrato específico de arrendamiento financiero, estando por otro lado el contrato de compraventa, perfeccionado entre el fabricante y la sociedad de *leasing*<sup>224</sup>.

---

p. 221). Si bien en el Derecho italiano, aunque también se hace referencia a dos contratos diferenciados dentro de la operación de arrendamiento financiero, establece que el contrato entre el fabricante y la sociedad de *leasing* no tiene por qué ser de compraventa, sino que puede ser de arrendamiento de obra (J.-L. COLINO MEDIAYLLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110).

<sup>221</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 43.

<sup>222</sup> M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 60; J.-L. COLINO MEDIAYLLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 141; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 229.

<sup>223</sup> Por lo que habrá que determinar la ley aplicable a esta acción directa, como se verá posteriormente.

<sup>224</sup> En este sentido en el Derecho español *vid.* STS 10 abril 1981, RJ\1981\1532, en la que se cita textualmente: “[...] antes bien ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reconducidos a unidad esencial, el parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme [...]. Carente tal contrato en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del derecho privado, claro está que su otorgamiento es posible en el lícito ejercicio del principio de la autonomía negocial y de libertad en la regulación del pacto proclamado en el art. 1255 del C. Civ. [...]” (Considerando Quinto); I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 225. En relación con la dimensión procesal del carácter unitario del arrendamiento financiero, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1992, el Tribunal consideró que la acción reivindicatoria sobre el bien y la acción de resolución contractual proceden de un mismo título o causa de pedir, puesto que en el arrendamiento financiero con opción a compra suelen concurrir una complejidad de contratos coligados entre sí e interrelacionados en síntesis jurídica de contrato único (SAP Barcelona 22 septiembre 1992, *Revista General de Derecho*, núm. 582, 1993, pp. 2124 y ss). Por último, destacar la Resol. DGRN de 18 de marzo de 2014 (BOE núm. 100, 24 abril 2014, pp. 32824-32828), en la que se suspende la anotación de embargo de la opción de compra exclusivamente, respecto de un contrato de arrendamiento financiero, porque no puede pretenderse el embargo aislado de sólo una de las relaciones jurídicas que comprende dicho contrato y no de la otra relación que la configura que es la de arrendamiento, por lo que en dicha resolución se cita textualmente: “Por tanto, la relación entre el derecho de uso y la opción de compra es absolutamente necesaria para que nazca la figura con contornos propios, no puede

Como ya se ha visto al analizar el arrendamiento financiero desde un punto de vista económico, la cesión del uso del bien suele hacerse por un tiempo inferior a su vida económica, de manera que el bien sigue conservando un valor al finalizar el contrato, denominado valor residual<sup>225</sup>. También se ha analizado previamente que es precisamente este valor residual del bien a la finalización del contrato, lo que puede constituir una de las desventajas de esta operación para el arrendatario, puesto que el arrendador, que es la sociedad de *leasing* puede obtener un valor por el bien, mientras que si el arrendatario lo hubiese comprado, ese valor residual de la realización del bien, le pertenecería<sup>226</sup>.

Sin embargo, en el caso de que se tratase de una operación de arrendamiento financiero con opción a compra, el arrendador puede ejercitar dicha opción y adquirir el bien. Dicha opción que es obligatoria que figure en el contrato de arrendamiento financiero en el Derecho español, no lo es en el caso de otras regulaciones nacionales europeas, ni en la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero, hecha en Ottawa el 28 de mayo de 1988<sup>227</sup>. Según determinados autores, el hecho de que en el contrato de arrendamiento financiero figure una opción de compra, demuestra cierta finalidad traslativa del mismo, que va a tener determinadas consecuencias, como puede ser el caso de la oponibilidad de derechos derivados del arrendamiento financiero frente a terceros. Además, la opción de compra dentro del contrato de arrendamiento financiero va a influir en que pueda aplicarse la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, que aunque no se va a estudiar porque las aeronaves están excluidas de su ámbito de aplicación, simplemente señalar que si se trata de un contrato de arrendamiento financiero con opción a compra de un bien que no fuera una aeronave, podría ser de aplicación la Convención si el interés del comprador en la compra es mayor que en la resolución de la relación de uso anterior<sup>228</sup>.

---

haber entre ellos posible separación, por lo que debe sostenerse que el contrato de arrendamiento financiero no es verdadero arrendamiento, ni el derecho de opción ligado a él verdadera opción, sino que el todo es un contrato unitario que faculta para usar el bien y en el cual va ínsito una facultad potestativa de adquisición”.

<sup>225</sup> N. BOUZA I VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 59. De hecho, si no existe valor residual, por pequeño que sea, no puede ser catalogado como un arrendamiento financiero y obtener las ventajas fiscales asociadas la mismo. En esta misma línea *vid.* M. DE TORRES ZAPATERA, “El arrendamiento financiero en Derecho inglés”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 72; J.-L. COLINO MEDIÁVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 112-113; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 149-150.

<sup>226</sup> Pero lo que en principio puede constituir una desventaja para el arrendatario, desde otro punto de vista puede ser una ventaja, ya que éste no asume el riesgo de la obsolescencia, pues al traspasarse el riesgo del valor residual al arrendador, el arrendatario no está limitado por las innovaciones que se produzcan en el sector de dichos bienes (E.-T. CASTELLO TALLANI, *Estudio económico de los contratos de leasing y su captación en los informes contables*, Ministerio de Economía y Hacienda/ Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, 1989, pp. 59 y 63). Aunque en el caso del sector de las aeronaves precisamente no existe un elevado riesgo de obsolescencia, puesto que aunque la tecnología cambia, no lo hace tan rápidamente como en otros sectores, como es el caso de los equipos informáticos, sector en el que la tecnología cambia constantemente.

<sup>227</sup> En el Derecho español, la regulación del arrendamiento financiero en la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, permite afirmar el carácter de tipicidad, al menos formal, del mismo y permite definirlo como un arrendamiento de producción, puesto que se limita a bienes afectados a explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales; y con opción a compra, puesto que en el contrato de arrendamiento financiero, se debe incluir obligatoriamente una opción de compra al finalizar el contrato a favor del arrendatario (Disposición Adicional 3<sup>a</sup>.1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE núm. 156, 27 junio 2014). Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, sobre el contrato de arrendamiento financiero, se incluye como novedad que incluir la opción de compra en dicho contrato sea opcional y no obligatorio, siguiendo el criterio seguido por la Convención de UNIDROIT (art. 576-1.1 Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 y aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de junio de 2014, disponible en línea en [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html) (consultado el 30 de junio de 2014)). Bajo el Derecho italiano y el Derecho portugués, también es obligatorio que exista una opción de compra, para que sea considerado válido el contrato de arrendamiento financiero y por lo tanto, gozar como tal de las ventajas fiscales que les dispensan sus respectivos ordenamientos (J.-L. COLINO MEDIÁVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 123; M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 141).

<sup>228</sup> En este sentido *vid.* R. HERBER/ B. CZERWENKA, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu Übereinkommen der vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Werenkauf*, Munich, 1991, p. 16; A.-L. CALVO CARAVACA, “Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1329 y ss. Sin embargo, como no existen decisiones judiciales de los Estados parte de la Convención que se pronuncien sobre este tema, la mayor parte de la doctrina considera que los contratos de arrendamiento financiero no pueden incluirse dentro del ámbito de

96. Además, es importante señalar las diferencias entre el arrendamiento financiero mobiliario, que es que se realiza sobre las aeronaves y el inmobiliario, que es el que recae sobre los bienes inmuebles<sup>229</sup>.

En el arrendamiento financiero inmobiliario no existe una conexión entre la vida útil del inmueble y el plazo de duración del contrato, siendo más larga dicha vida útil que la duración del contrato, y además el inmueble conserva y aumenta su valor. Este hecho hace que el arrendamiento financiero inmobiliario sea una figura próxima al préstamo con transmisión de la propiedad en garantía, donde la transmisión del bien se realiza directamente del vendedor a la sociedad de *leasing*, en lugar de hacerse del vendedor al comprador (del arrendador al arrendatario) y de éste a la sociedad de *leasing* como ocurría con el arrendamiento financiero mobiliario<sup>230</sup>. La adquisición de dicho bien inmueble por parte de la sociedad de *leasing*, o por el arrendatario si finalmente ejerce su opción de compra en el contrato, puede ser inscrita en el Registro de la Propiedad y configurar así un derecho real y oponible frente a terceros mediante publicidad registral<sup>231</sup>.

En este sentido, el arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles se parece al arrendamiento financiero de aeronaves, puesto que éstas son bienes muebles de naturaleza especial, como ya se ha visto al tratar la naturaleza jurídica de la aeronave. Como ya se ha señalado anteriormente, el Convenio de la OACI obliga a los Estados parte en el mismo a realizar un registro de matrícula de las aeronaves. Pero este registro de matrícula dependiendo de cada Estado se lleva de manera separada o conjunta con el del registro correspondiente a los bienes muebles, en el que se reflejan los actos y contratos de trascendencia real relativos a las aeronaves.

Pues bien, el problema que se plantea en el Derecho español y en otros Estados en los que impera un sistema de doble registro es que no existe concordancia entre ambos. Por ejemplo, en el Derecho español, en la Sección de Aeronaves del Registro de Bienes Muebles del Registro Mercantil, es obligatorio el registro de las aeronaves destinadas a fines comerciales o industriales, pero la primera inscripción sólo puede ser la del dominio o propiedad, no pudiéndose inscribir las aeronaves adquiridas en régimen de arrendamiento<sup>232</sup>. Sin embargo, en el Registro de Matrícula de las aeronaves, como ya se ha visto, además de las aeronaves en propiedad se puede realizar la primera inscripción de las aeronaves adquiridas en régimen de arrendamiento, arrendamiento con opción de compra, compra a plazos con o sin reserva de dominio, o cualquier otra forma de posesión que las leyes autoricen<sup>233</sup>.

---

aplicación de la Convención aunque incluyan una opción de compra, pues su función económica es distinta a la de los contratos de compraventa (*vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “Contratos Internacionales (II). La Convención de Viena de 1 abril 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, p. 750).

<sup>229</sup> En el Derecho español ambos tipos de arrendamiento financiero están regulados en la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (Disposición Adicional 3<sup>a</sup>.1 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, BOE núm. 156, 27 junio 2014).

<sup>230</sup> En el Derecho español *vid.* J. ALFARO AGUILA-REAL, V<sup>o</sup> “Leasing”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 3916. Estas características del arrendamiento financiero inmobiliario coinciden con las de otros ordenamientos europeos como el italiano (J.-L. COLINO MEDIAVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 110).

<sup>231</sup> En el Derecho español para que la adquisición pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad, es necesario que se haya otorgado escritura pública (art. 3 Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, BOE núm. 58, 27 febrero 1946). Sin embargo, la inscripción del contrato de arrendamiento financiero no es indispensable para la inscripción posterior del bien inmueble por el arrendatario al ejercitar la opción de compra (Resol. DGRN de 12 de mayo de 1994, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia y del Interior*, núm. 1714, 25 julio 1994, pp. 4129 y 4130). *Vid.* X. O’CALLAGHAN, “Leasing inmobiliario: forma e inscripción en el Registro de la Propiedad”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 15, 1994, pp. 171 y ss.

<sup>232</sup> Art. 180 Reglamento Registro Mercantil de 1956, Decreto de 14 de diciembre de 1956, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE núm. 66, 7 marzo 1957; corrección de errores en BOE núm. 73, 14 marzo 1957. Además, en el Título VI del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 se trata todo lo relativo a la inscripción de las aeronaves. También es importante señalar la Resol. DGRN de 29 de enero de 2001, donde se establece que la Sección de Aeronaves del Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Madrid es el único Registro competente para la inscripción de aeronaves, al resolver una consulta formulada sobre venta a plazos y arrendamientos de aeronaves (Resol. DGRN de 29 de enero de 2001, *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, vol. I, 2001, pp. 2183-2188).

<sup>233</sup> El nuevo Reglamento de matriculación de aeronaves entre otras cuestiones, articula la relación entre el Registro de Matrícula de Aeronaves Civiles y el Registro de Bienes Muebles, con el objetivo de conseguir la concordancia entre ambos registros, ya que el primero es puramente administrativo que refleja las aeronaves matriculadas, mientras que el segundo recoge las cargas y gravámenes sobre la misma (art. 10 RD 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de

Como consecuencia de todo ello, durante un tiempo el contrato de arrendamiento financiero sobre la aeronave se inscribía en el Registro de Matrícula, mientras que en el Registro Mercantil sólo figuraba la opción de compra, disociándola de manera artificial del resto del contrato de arrendamiento financiero<sup>234</sup>. Pero como se ha señalado anteriormente, en la Resolución de la DGRN del 18 de marzo de 2014, se deja claro que no es posible la separación de la opción de compra del derecho de uso en el contrato de arrendamiento financiero, pues la relación entre ambas forma parte de un contrato unitario con contornos propios, lo cual sería aplicable a las operaciones de arrendamiento sobre las aeronaves<sup>235</sup>. En esta resolución se pone de manifiesto que como bien señala la Resolución de 26 de octubre de 1998, el derecho de arrendamiento sobre cualquier bien debe calificarse como de derecho real, por lo que es posible su hipotecabilidad, así como también podrá ser objeto de embargo, siendo lo embargable el derecho del que es titular el arrendamiento financiero, que comprende tanto el uso derivado del arrendamiento como la opción de compra<sup>236</sup>.

**97.** Finalizando ya la calificación del arrendamiento financiero, se debe señalar la diferencia entre el arrendamiento financiero directo y el indirecto, que es muy importante cuando el objeto del contrato son las aeronaves. En el directo, que parece ser la forma más habitual cuando se trata de automóviles o bienes de equipo, en el que es el arrendatario el que acude a la sociedad de *leasing* para obtener financiación; mientras que en el indirecto es el fabricante el que acude a la sociedad de *leasing* para promover el contrato, lo cual es bastante habitual cuando se trata de aeronaves y es el que nos interesa.

Aunque ambos son considerados arrendamientos financieros, en el indirecto existe una finalidad de promoción de ventas, además del interés típico del *leasing*, puesto que el fabricante acude a la sociedad de *leasing* para financiar sus ventas, siendo un caso evidente el de los dos grandes fabricantes de aeronaves, Airbus y Boeing, que acuden a las sociedades de *leasing*, GECAS e ILFC, porque no encuentran financiación para poder vender todas las aeronaves que fabrican, teniendo en cuenta el elevado coste de las mismas<sup>237</sup>. Este arrendamiento financiero indirecto en principio es distinto de aquél en el que el fabricante, en nuestro caso Airbus y Boeing, asume las funciones de la sociedad de *leasing* y utiliza la operación como una promoción de ventas, aunque sólo sea porque en uno interviene la sociedad de *leasing* y en el otro no<sup>238</sup>.

En este sentido, existen autores que consideran que sólo el arrendamiento financiero promovido por el fabricante en el que no interviene la sociedad de *leasing*, puede ser considerado como un *leasing* del fabricante y el otro –en el que interviene la sociedad de *leasing*–, debe ser denominado *leasing* indirecto; mientras que otros autores consideran que ambos arrendamientos promovidos por el fabricante, tanto si interviene la sociedad de *leasing* como si no, deben ser considerados como *leasing* del fabricante<sup>239</sup>. Estas diferencias de calificación se manifiestan aún más en relación con el Derecho de Estados Unidos,

---

matriculación de aeronaves civiles, BOE núm. 144, 17 junio 2015). Sin embargo, en mi opinión con este Real Decreto, no se ha resuelto de manera clara la problemática existente en el Registro de Bienes Muebles, cuando la primera inscripción de la aeronave procede de un arrendamiento. Aunque existe una corriente que afirma que con el nuevo Real Decreto, el art. 180 del Reglamento Registro Mercantil de 1956 quedaría derogado, solucionándose este problema.

<sup>234</sup> Para un mayor desarrollo *vid.* F. GARCÍA SOLE/ J.-I. RUBIO SAN ROMÁN, “Problemática jurídica del *leasing* de aeronaves en España”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 82, 1994, pp. 89-103. Sobre la inscripción de las aeronaves objeto de *leasing* en los registros administrativos españoles, donde además se reitera la estructura del *leasing* compuesta por dos contratos *vid.* Resol. DGRN de 25 de mayo de 1994, *Revista General de Derecho*, núm. 603, 1993, pp. 13324 y ss.

<sup>235</sup> Resol. DGRN de 18 de marzo de 2014, BOE núm. 100, 24 abril 2014, pp. 32824-32828.

<sup>236</sup> Resol. DGRN de 26 de octubre de 1998, BOE núm. 277, 19 noviembre 1998, pp. 38063-38066.

<sup>237</sup> En el Derecho español *vid.* J. ALFARO AGUILA-REAL, Vº “*Leasing*”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 3916. Es más en algunas sociedades de *leasing* tienen participaciones los fabricantes de aeronaves o forman parte de las complejas operaciones de *capital lease* como se ha visto a través de filiales suyas.

<sup>238</sup> En el Derecho español, el denominado *leasing* del fabricante es considerado como una verdadera venta a plazos (*vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 52).

<sup>239</sup> Esto se ha visto al tratar la clasificación de los tipos de *leasing* de aeronaves, donde se considera que el *leasing* del fabricante, es decir en el que no interviene una sociedad de *leasing*, –según el Derecho español–, en el ordenamiento jurídico estadounidense se englobaría dentro de los *leasing* denominados como *capital lease*, es decir como una verdadero arrendamiento financiero y no como una venta a plazos, que es como se califica en los ordenamientos europeos al *leasing* el fabricante.

donde tanto el *leasing* indirecto –promovido por el fabricante, pero en el que no interviene la sociedad de *leasing*–, como el promovido por el fabricante pero en el que no interviene en la financiación la sociedad de *leasing*, son considerados igualmente como un *capital lease*<sup>240</sup>. De hecho, en Estados Unidos es de los pocos ordenamientos donde es necesario que intervenga una sociedad de *leasing* como intermediario financiero para llevar a cabo la operación de *leasing*, y poder obtener los beneficios de la misma<sup>241</sup>.

98. Por último, señalar brevemente que cuando se trata de aeronaves es muy común que la aerolínea por falta de liquidez decida vender la aeronave a la sociedad de *leasing* y ésta le conceda a la aerolínea los derechos de uso y disfrute económico. Como ya se ha visto en la clasificación de los tipos de *leasing*, este contrato descrito antes es conocido como *sale and lease-back*, *cession-bail*, *lease-back* o *leasing* de retorno, en el que se pueden identificar perfectamente la figura del proveedor, que es la sociedad de *leasing* y el cliente<sup>242</sup>. Es importante añadir que al finalizar el contrato la aerolínea vuelve a recuperar la propiedad de la aeronave. Esto es así porque teniendo en cuenta que el prestatario, -la aerolínea-, transmite al prestamista, -la sociedad de *leasing*–, la propiedad de la aeronave y que el prestatario, la aerolínea readquiere progresivamente a través de las cuotas pagadas por la aerolínea a la sociedad de *leasing*, por lo que el *leasing* de retorno se aproxima al crédito en sentido puro<sup>243</sup>.

En este sentido la función del *leasing* de retorno no es la de aumentar la flota de aeronaves a través de la financiación de las mismas, sino la de reparar los fallos financieros de programas anteriores<sup>244</sup>. Si bien es cierto que presenta una naturaleza financiera genérica porque permite a la aerolínea obtener liquidez inmediata, mediante el abono provisional de la propiedad del bien, no supone la incorporación de ninguna aeronave nueva. Precisamente, la transmisión de la propiedad de la aeronave a la sociedad de *leasing* en el momento en el que se realiza la compraventa, es lo que distingue este tipo de *leasing* del préstamo con transmisión fiduciaria de la propiedad como garantía, lo cual no se permite pues está prohibido el pacto comisorio tanto en el ordenamiento español como en el italiano<sup>245</sup>. Por estas razones, el *leasing* de retorno no entraría dentro del arrendamiento financiero, tal y como se ha definido anteriormente, puesto que este tipo de *leasing* tiene carácter bilateral y además no tiene como objeto la financia-

<sup>240</sup> En este sentido, hay autores que basándose en la calificación del arrendamiento financiero en el Derecho español, consideran que se confunde el *leasing* indirecto, esto es un arrendamiento financiero promovido por el fabricante en el que interviene la sociedad de *leasing*, con el *leasing* del fabricante en el que no interviene la sociedad de *leasing* y ambos son denominados erróneamente *leasing* del fabricante (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 52-53). Sin embargo, existen autores europeos que definen al *leasing* del fabricante como aquel *leasing* en el que es el propio fabricante el que toma la iniciativa, una vez encontrado el cliente o usuario, de contratar la sociedad de *leasing* para hacer financiar la venta (A. FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital, Leverage buy-out, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, Know-How*, 5ª ed. revisada y ampliada, Turín, G. Giappichelli ed., 1993, p. 134).

<sup>241</sup> M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 55-56 y 59.

<sup>242</sup> Por lo tanto se trata de un contrato bilateral y no trilateral que es como se ha calificado al arrendamiento financiero hasta el momento. Sobre la bilateralidad de este tipo de *leasing* vid. E. NUZZO, “*Lease-back*, elusione, potere degli organi ispettivi”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1991, pp. 453 y ss.

<sup>243</sup> Es definido por algunos autores como una figura muy próxima al préstamo, pero con matices (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 55). Otros autores son más explícitos y lo definen como un préstamo con garantía en el que se transmite la propiedad fiduciariamente (J. ALFARO AGUILA-REAL, Vº “*Leasing*”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 3916). Así, en el derecho inglés, se señala que si el *sale and lease-back* es considerado un préstamo con garantía de bienes, si éste no se inscribe, determinaría la invalidez del negocio, no sólo frente a terceros, sino incluso respecto al propio arrendatario (M. DE TORRES ZAPATERA, “El arrendamiento financiero en Derecho inglés”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 73).

<sup>244</sup> Las características principales de este tipo de *leasing* son convertir activos en liquidez y ajustar la vida económica del bien (J.-M. SALVATELLA JUAN, “Obstáculos comerciales en la Unión Europea. El *leasing*”, *ICE*, núm. 2439, 16-22 enero 1995, p. 3569).

<sup>245</sup> M.-I. FELIU REY, “Estado de la cuestión de la nueva figura del contrato de *lease-back* o *leasing* de retorno”, *Actualidad Civil*, núm. 23, 1994, pp. 429 y ss.; E. GIANFELICI, *Guida al leasing. Aspetti legali, contrattuali e fiscali, fac-simile contratti, domanda finanziamento, lettera fideiussione*, Guiffirè, Milán, 1993, p. 16. Habitualmente a través de una garantía, se obtiene la devolución de lo garantizado, sin que pueda acceder el que establece la garantía al derecho de la propiedad, pues no era esa la finalidad perseguida, sino que era la garantía sin voluntad de comprar o vender (L. ROJO AJURIA, “Las garantías mobiliarias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 717 y ss). Sobre el contrato de *leasing* de retorno vid. G. PARLEANI, “Le contrat de *lease-back*”, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1973, pp. 699 y ss.

ción para la adquisición de una aeronave específica, por parte de la aerolínea, pues ya la tenía, sino más bien se asemeja a un préstamo<sup>246</sup>.

Sin embargo, bajo el *UCC* muchas operaciones que son arrendamientos de retorno al vendedor de aeronaves pueden ser calificadas como arrendamientos financieros, frente a otras reglas, de origen legal o judicial, que presumen el carácter fraudulento de la retención de la posesión por el vendedor-arrendatario<sup>247</sup>. Aunque, como se ha mencionado en la clasificación de los tipos de *leasing* de aeronaves, el *sale and lease-back*, puede en ocasiones no ser una figura próxima al arrendamiento financiero, sino acercarse más a la del arrendamiento operativo.

**99. Instrumentos internacionales.** Tras realizar un análisis de Derecho comparado europeo de cómo se califica al arrendamiento financiero, se va a explicar cómo se resuelve el problema de calificación, en función del instrumento internacional aplicable a la operación de arrendamiento internacional de grandes aeronaves civiles.

En primer lugar, la Convención de UNIDROIT de 1988, que es una norma material especial aplicable a los contratos de arrendamiento financiero internacional, aunque sólo está en vigor para diez países entre los que no está España y que será estudiada en el Derecho aplicable, fija explícitamente en su ámbito de aplicación material, qué contratos de arrendamiento financiero internacional va a regular. Por mencionar brevemente, pues no se estudiará en detalle, se va a aplicar a los contratos de arrendamiento financiero internacionales –aunque también el elemento de internacionalidad será concretado al analizarlo–, descritos como contratos complejos con elementos propios de la venta y la locación, sobre bienes muebles destinados a un uso profesional, y donde no es necesario que exista una opción de compra<sup>248</sup>. Esta sucinta descripción del ámbito de aplicación material, deja fuera del ámbito de aplicación de dicho instrumento internacional los bienes inmuebles, los bienes destinados por el arrendatario a uso personal, familiar o doméstico, pero sí entra dentro de su ámbito de aplicación aquellos contratos de arrendamiento financiero sin opción de compra. Al ser una norma material especial, no se plantea problema de calificación alguno.

En segundo lugar, el Reglamento Roma I que es el otro instrumento internacional que es de aplicación a los contratos de arrendamiento financiero internacional, es una norma de conflicto europea que realiza una calificación ejemplificativa para resolver los problemas de calificación que pudieran surgir<sup>249</sup>. Esto quiere decir que no existe una regla específica sobre calificación porque es innecesaria, ya que el Reglamento Roma I establece el ámbito de la ley aplicable al contrato en su art. 19<sup>250</sup>. Son precisamente las

<sup>246</sup> J.-L. COLINO MEDIAVILLA, “El *leasing* financiero en Italia”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 106; I. LLORENTE SAN SEGUNDO/ L. GANDARIAS CEBRIÁN, “El contrato de *leasing*”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos de financiación y garantía*, Tomo IX, Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 226-227. Por otro lado, la modalidad del *lease-back* apenas ha tenido aplicación en la práctica portuguesa, al igual que el arrendamiento operativo (M.-R. TAPIA SÁNCHEZ, “Régimen jurídico del *leasing* en Portugal”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, p. 137).

<sup>247</sup> M.-T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “La regulación del *leasing* mobiliario en el UCC norteamericano”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 40, 2003, pp. 59-60.

<sup>248</sup> Art. 1 Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international*, Acts, Vol. I, Roma 1991, pp. 333-334).

<sup>249</sup> Existen otras tres grandes tesis para resolver el problema de la calificación: a) La calificación *lege fori*, que es la tesis más clásica, en virtud de la cual la calificación debe hacerse con arreglo a la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto y es la que se sigue por la mayor parte de los sistemas estatales de Derecho internacional privado; b) La calificación *lege causae*, que establece que la calificación debe realizarse conforme al Derecho estatal eventualmente designado por la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto, pero ningún sistema de Derecho internacional privado acoge esta tesis como regla general, sino sólo en relación con aspectos muy concretos; c) La calificación autónoma, se basa en la idea de que el Derecho internacional privado constituye una rama del Derecho estatal, independiente del Derecho civil estatal, por lo que se pueden crear conceptos autónomos o propios de Derecho internacional privado, que presenten un significado diferente en el Derecho civil o mercantil. Esta última tesis junto con la calificación ejemplificativa que se explica arriba son más modernas y las que están siendo utilizadas en los convenios internacionales y reglamentos comunitarios más recientes (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, pp. 412-416).

<sup>250</sup> Art. 19 Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE núm. L 177, 4 julio 2008, p. 14.

materias cubiertas por la ley contractual, las que van a establecer los límites de las dos leyes aplicables a cada relación, la de compraventa y la del arrendamiento financiero. Esto es especialmente importante para determinar cuál es la ley que regiría la acción directa del arrendatario sobre el fabricante, puesto que como ya se ha afirmado, se produce una subrogación o cesión de derechos de la sociedad de *leasing* en favor del arrendatario frente al fabricante<sup>251</sup>. Y por otro lado, el ámbito de la ley contractual también va a ser decisivo para determinar qué ley va a regular la oponibilidad frente a terceros de los derechos sobre la aeronave, que no se regiría por la ley del contrato establecida por el Reglamento Roma I, pues no estaría dentro del ámbito de la ley contractual. De hecho, la opción de compra en el contrato de *leasing* implica una finalidad traslativa, según algunos autores, importante en la oponibilidad frente a terceros de los derechos sobre la aeronave.

Y por último, fuera del ámbito de aplicación de los dos instrumentos internacionales citados, cuando el tribunal que conoce del litigio no pertenece a un Estado miembro de la Unión Europea, pues el presente trabajo se ha centrado en Airbus y Boeing como fabricantes, podría conocer un tribunal de Estados Unidos –y escapa del ámbito de aplicación de la Convención de UNIDROIT de 1988-. En este caso, el tribunal estadounidense no va a aplicar ni la Convención, ni el Reglamento Roma I a los contratos de arrendamiento financiero internacional, sino que recurrirá a sus normas federales si existen sobre la materia, que no existen, por lo que el tribunal que se declare competente en principio aplicará las normas de dicho Estado, si es que las partes no han elegido previamente la ley aplicable al mismo y es válida dicha elección (pudiendo existir en ese caso litispendencia o litigación paralela). En definitiva, en Estados Unidos no han desarrollado un sistema de Derecho internacional privado como el que existe en Europa, sino que existe un sistema de Derecho interregional donde cada Estado tiene autonomía y su propia Ley. Por lo tanto, se van a estudiar los Reglamentos europeos que se aplican para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable.

## **B. El elemento de internacionalidad en los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles**

**100.** Las dos tesis mayoritarias seguidas por la doctrina, para determinar cuándo un contrato debe ser considerado internacional son la tesis del elemento extranjero y la tesis del efecto internacional. En base a la primera, un contrato es considerado internacional si presenta un elemento extranjero, el que sea, no tiene por qué ser concretamente ni la residencia habitual, ni la nacionalidad de las partes en otro Estado, basta con que exista un elemento extranjero para que sea considerado dicho contrato internacional. La segunda tesis, se sustenta en la idea de que un contrato a pesar de no tener ningún elemento extranjero debe ser considerado internacional, porque sólo se entiende en el contexto del comercio internacional, en definitiva porque tiene un efecto internacional.

Pues bien, como ya se analizó, si se sigue la tesis del elemento extranjero para determinar si es internacional un contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles, podría suceder que dichos contratos no fuesen considerados internacionales porque no presentan ningún elemento extranjero. Sin embargo, lo anterior es bastante inusual porque se podría afirmar que un contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles es un contrato intrínsecamente internacional, puesto que la magnitud de los contratos es tal que en el mundo globalizado en que nos hallamos, es difícil que no intervengan operadores económicos de distintos Estados. Además en la mayoría de estos contratos suele existir cláusula de elección de tribunal en la que pacta que sea un tribunal extranjero el que conozca de los litigios que pudieran surgir, por lo que aunque fuese un contrato objetivamente interno, sería un contrato subjetivamente internacional, pero internacional al fin y al cabo<sup>252</sup>.

<sup>251</sup> En cuyo caso, como se verá más adelante, la ley rectora de la relación usuario-sociedad de *leasing*, es decir la ley aplicable al contrato de *leasing*, será la que se aplique a la validez de la acción directa; mientras que la ley aplicable al contrato de compraventa previo, será la que se aplique a los efectos de la relación comercial fabricante-sociedad de *leasing* (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 44).

<sup>252</sup> Un litigio derivado de un contrato que no sea objetivamente internacional, también puede ser subjetivamente internacional por la cláusula de elección de ley.

En cualquier caso, si se tiene en cuenta la tesis del efecto internacional, el contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles será considerado internacional porque como también se ha señalado al estudiar la compraventa, muchas de las aeronaves son adquiridas por las sociedades de *leasing*, para ser posteriormente arrendadas a las aerolíneas situadas en otro Estado bajo un arrendamiento operativo o financiero. Por lo tanto, los contratos de compraventa de grandes aeronaves civiles deberían ser considerados internacionales porque sólo se explican en el contexto del comercio internacional, aunque no cuenten con ningún elemento extranjero.

**101.** Tras el breve resumen sobre la internacionalidad de los contratos de compraventa de grandes aeronaves civiles, por lo que respecta al contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves posterior al contrato de compraventa, habría que determinar también cuándo este contrato calificado como un contrato de cesión de uso -con o sin opción de compra, dependiendo del ordenamiento en el que se constituya-, va a ser considerado internacional.

Pues bien, si como se ha señalado el contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles va a ser internacional casi con toda seguridad, el de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles que en general es un contrato más complejo que el de compraventa, va a ser internacional porque en nuestra opinión éste sí que es un contrato intrínsecamente internacional. Ahora bien, al formar parte de la misma operación de financiación los dos contratos juntos, el de compraventa entre el fabricante y la sociedad de *leasing*, y el de arrendamiento financiero entre la sociedad de *leasing* y el arrendatario, la cuestión que cabe plantearse es si la internacionalidad de uno de los dos contratos puede arrastrar hacia un planteamiento de conflicto de leyes al otro contrato, cuando en realidad se trata de un contrato interno.

Si se trata de un contrato de compraventa interna y un contrato de arrendamiento financiero internacional, en principio podría parecer que el carácter nacional de la compraventa no afecta en nada al carácter internacional del segundo contrato<sup>253</sup>. Efectivamente esto sería así, si se tiene en cuenta sólo la tesis del elemento internacional, pero en este caso en concreto se debería seguir la tesis del efecto internacional, pues se trata de aeronaves adquiridas por la sociedad de *leasing*, que posteriormente va a arrendar en régimen de arrendamiento financiero a las aerolíneas extranjeras, con lo cual el contrato de compraventa va tener repercusión en el comercio internacional<sup>254</sup>.

Ahora bien, el planteamiento es distinto, si el que es internacional es el contrato de compraventa de aeronaves civiles, en cuyo caso, va a ser muy difícil en la práctica que el contrato de arrendamiento financiero sea un contrato interno, en base a la tesis del elemento extranjero. Pero en el hipotético caso que así fuese, el contrato de arrendamiento financiero debería ser considerado internacional, aunque pueda parecer que no existe ningún elemento extranjero, porque se trata de contratos que están vinculados o interrelacionados<sup>255</sup>. De manera que el contrato de arrendamiento financiero es posible, siempre y cuando haya una compraventa de aeronaves previa al fabricante de aeronaves por parte de la empresa de *leasing*, y si esta es internacional, el contrato de arrendamiento financiero posterior de dicha aeronave debe ser considerado internacional, aunque no exista en teoría ningún elemento internacional. En este sentido, aunque pueda parecer que un contrato de arrendamiento financiero no presenta ningún elemento extranjero, la oponibilidad a terceros puede hacerlo internacional<sup>256</sup>. Al igual que como ya se ha dicho un contrato de arrendamiento financiero que sea objetivamente interno, puede ser un contrato subjetivamente internacional, por la elección de las partes de someter sus controversias a un tribunal extranjero<sup>257</sup>.

**102.** En relación con la compraventa internacional existe una norma material especial como es la Convención de Viena de 1980, que aunque no se aplica a las aeronaves, establece su propio presu-

<sup>253</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 99.

<sup>254</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 100.

<sup>255</sup> A favor *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 184. En contra de esta opinión- aunque se refiere a los contratos de compraventa y de arrendamiento financiero de cualquier tipo de bien- *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 101-103.

<sup>256</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 111.

<sup>257</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 121-122.

puesto de aplicabilidad directa en virtud del cual un contrato de compraventa de mercaderías es internacional y se aplica por tanto dicha norma, cuando las partes en el contrato tienen sus establecimientos permanentes en Estados parte de la Convención distintos<sup>258</sup>. Además, establece un presupuesto de aplicabilidad indirecta, en virtud del cual se aplicará la Convención de Viena cuando las normas de conflicto en materia de contratos designen como ley aplicable la ley de un Estado parte de la Convención<sup>259</sup>.

Pues bien de forma similar en materia de arrendamiento financiero, la Convención de Unidroit de 1988, señala su propio presupuesto de aplicabilidad<sup>260</sup>. Así, la Convención se aplicará cuando arrendador y arrendatario tengan sus establecimientos en Estados diferentes<sup>261</sup>. Pero además se exige además del requisito anterior, que está en la misma línea de la Convención de Viena de 1980, es necesario que se cumplan una de estas dos condiciones: que los Estados de establecimiento del arrendador, arrendatario y fabricante o proveedor sean Estados contratantes; o que tanto el contrato de compraventa como el de arrendamiento financiero se rijan por la ley de un Estado contratante<sup>262</sup>.

## 2. Competencia judicial internacional

**103.** El Reglamento 1215/2012 es la norma principal para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales europeos en relación con los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles<sup>263</sup>. En el presente trabajo, los litigios que nos interesan son los que surgen de la responsabilidad contractual, por lo que el Reglamento 1215/2012 va a ser de aplicación.

No se estudian en el presente trabajo, los litigios derivados de la reclamación de daños por producto defectuoso que pudiera hacer la aerolínea como arrendataria frente al fabricante de aeronaves, ya que provocan responsabilidad extracontractual. Aunque estos litigios entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, no se van a estudiar sus foros especiales por razón de la materia, por no ser objeto del presente trabajo.

### A. Normativa europea: Reglamento 1215/2012

**104.** Después de explicar los ámbitos de aplicación, se estudiarán los foros de competencia judicial internacional a los que pueden acudir las partes, en caso de litigio en relación con los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles.

#### a) Ámbitos de aplicación

**105.** En cuanto a los ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012, señalar que respecto del ámbito espacial, éste va a aplicarse a todos los Estados miembros de la Unión Europea<sup>264</sup>.

<sup>258</sup> Art. 1.1.a Convención de Viena de 1980.

<sup>259</sup> Art. 1.1.b Convención de Viena de 1980.

<sup>260</sup> Aunque España no es parte de dicha Convención, se estudiará brevemente porque es sobre arrendamiento financiero. Se debe mencionar que Estados Unidos tampoco lo ha ratificado, y de los diez países que lo han ratificado sólo Francia e Italia son de la Unión Europea.

<sup>261</sup> Art. 3 Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Acts*, Vol. I, Roma 1991, p. 334).

<sup>262</sup> En cuanto a esta segunda condición, podrían pensarse como ocurre con el presupuesto de aplicabilidad indirecta de la Convención de Viena de 1980, que es necesario la intervención de la norma de conflicto que nos remita a la ley de un Estado contratante. Sin embargo, la Convención de Ottawa no especifica claramente la intermediación de la norma de conflicto, sólo señala que el contrato de compraventa y el de *leasing* se rijan por la ley de un Estado contratante (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 104-105).

<sup>263</sup> Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, DOUE núm. L 351, 20 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>264</sup> Cuando se hace referencia a Estado miembro se está abarcando a todos los Estados miembros incluida Dinamarca,

**106.** Por lo que respecta al ámbito de aplicación temporal, en virtud del art. 66 del Reglamento 1215/2012, dicho instrumento se aplicará a las acciones ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, independientemente de la fecha en la que hayan ocurrido los hechos materiales, que no influye en ningún caso en el ámbito de aplicación temporal. En cuanto a las acciones ejercitadas con anterioridad al 10 de enero de 2015, inclusive el 10 de enero, les siguen siendo de aplicación el Reglamento 44/2001.

**107.** En cuanto al ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012 es importante señalar que el mismo va a ser aplicable a aquellos litigios que cumplan dos condiciones, por un lado que sean litigios internacionales, y por otro lado, que la materia objeto del litigio sea una materia civil o mercantil. Se va a aplicar el Reglamento 1215/2012 a los litigios que cumplan los dos requisitos citados, independientemente de la nacionalidad de las partes, ya que es aplicable a todo sujeto, sin importar su nacionalidad<sup>265</sup>.

**108.** En cuanto al ámbito de aplicación personal, una cuestión que se viene planteando desde que entró en vigor el Convenio de Bruselas de 1968, después con el Reglamento 44/2001 y en la actualidad con el Reglamento 1215/2012 es si se puede utilizar el criterio del domicilio del demandado en un Estado miembro, como factor de aplicación del mismo. Si se tienen en cuenta el Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, en él se establece que el hecho de que el demandado tenga o no su domicilio en el territorio de un Estado miembro no es un criterio que determine el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012<sup>266</sup>. Sin embargo, existe reiterada jurisprudencia de la que se puede extraer que el hecho de que el demandado esté domiciliado en el territorio de un Estado miembro es el criterio a seguir para la aplicación del Reglamento 1215/2012<sup>267</sup>.

En mi opinión, el domicilio del demandado sí que determina el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, puesto que como se recoge en la sentencia abajo citada del año 2000 de *Group Josi*, el único criterio del que depende en principio la aplicación de las reglas de competencia del Reglamento 1215/2012 es que el domicilio del demandado esté situado en un Estado miembro<sup>268</sup>. De tal manera, que cuando se trata de un litigio derivado de un contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles en el que el domicilio del demandado está en un Estado miembro, el Reglamento 1215/2012 ha de ser el único instrumento legal aplicable para concretar los tribunales de qué Estado miembro son competentes para conocer del litigio<sup>269</sup>.

Sin embargo, existen algunos foros en los que no se exige que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. En primer lugar, los foros exclusivos del art. 24 referidos a una serie de materias concretas y que prevalecen sobre el resto de foros. En segundo lugar, los foros de la sumisión expresa o tácita, de los arts. 25 y 26 respectivamente, sobre los que el Reglamento 1215/2012 no exige que ninguna de las partes, ni demandado, ni demandante, esté domiciliada en ningún Estado miembro<sup>270</sup>. Se debe señalar, al respecto que para que la sumisión expresa o tácita sea válida, debe atribuir competencia a los tribunales de un Estado que no tenían competencia por los otros foros del Reglamento 1215/2012.

---

gracias al Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca de 19 de octubre del 2005. El Considerando (41) del Reglamento 1215/2012 señala que Dinamarca aplicará dicho instrumento y no el Reglamento 44/2001 (Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, DOUE núm. L 12, 16 enero 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil).

<sup>265</sup> Tal extremo se deduce del art. 4.1 del Reglamento 1215/2012.

<sup>266</sup> Informe explicativo Fausto Pocar sobre el Convenio de Lugano II, DOUE núm. C 319, 23 diciembre 2009.

<sup>267</sup> STJCE 13 julio 2000, *Group Josi Reinsurance Co SA c. Universal General Insurance Co*, C-412/88, *Rec.* 2000, p. I-05925, apartados 52 y 57.

<sup>268</sup> STJCE 13 julio 2000, *Group Josi Reinsurance Co SA c. Universal General Insurance Co*, C-412/88, *Rec.* 2000, p. I-05925, apartado 57. Aunque en esta sentencia se hace alusión al Convenio de Bruselas porque no estaba en vigor ni el Reglamento 44/2001, ni evidentemente el Reglamento 1215/2015.

<sup>269</sup> Art. 6.1 Reglamento 1215/2012.

<sup>270</sup> Se diferencia así de la sumisión expresa regulada en el Reglamento 44/2001, en donde se exigía que una de las partes estuviese domiciliada en un Estado miembro. Además, se despejan las dudas que existían respecto a la sumisión tácita, puesto que de la redacción literal del Reglamento 44/2001 parece deducirse que era necesario que el domicilio del demandado esté en un Estado miembro, sin embargo la jurisprudencia no había realizado esta interpretación y consideraba que no es necesario que las partes estuviesen domiciliadas en un Estado miembro, para que ésta fuese válida.

Además de las excepciones de los arts. 24, 25 y 26 del Reglamento 1215/2012 en los que no es necesario que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro para su aplicación, existen otras excepciones destinadas a la protección de la parte débil en un contrato, que son los consumidores y los trabajadores. Estos demandantes privilegiados pueden acudir a los foros de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 contra demandados domiciliados en terceros Estados<sup>271</sup>. Se mencionan estas excepciones, pero no van a ser de aplicación en el presente trabajo.

Por último, en cuanto al foro especial en materia contractual aplicable a los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles, recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012, se exige que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. Se trata de un foro alternativo al del domicilio del demandado, por debajo en orden de prevalencia de los foros exclusivos y de la sumisión, al que sólo se puede acudir si nos lleva a los tribunales de un Estado distinto al del domicilio del demandado.

#### b) Foros de competencia judicial internacional

**109.** De acuerdo con lo anterior, los tribunales de los Estados miembros a los que las partes pueden acudir en caso de un litigio derivado de un contrato de arrendamiento financiero sobre grandes aeronaves civiles son: a los que se someten de forma expresa o tácita, o bien porque es el foro del domicilio del demandado o porque se corresponde con el foro especial en materia contractual.

##### a') *Foro de la sumisión expresa*

**110.** En virtud del art. 25 del Reglamento 1215/2012, en el contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles, las partes pueden incluir en el mismo una cláusula eligiendo el tribunal de un Estado miembro ante el que plantear sus controversias. Eso sí, la sumisión expresa a los tribunales de un Estado miembro tiene que cumplir con una serie de requisitos para que sea válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012 y que son: que se haga a favor de un Estado miembro, que haya un auténtico acuerdo de sumisión, es decir que sea válido tanto formal como materialmente y que se haga en relación con un contrato de arrendamiento financiero. En este sentido, aunque el contrato de compraventa entre el fabricante y sociedad de *leasing*, y el de arrendamiento financiero entre sociedad de *leasing* y aerolínea son contratos en cadena, la cláusula de sumisión inserta en el contrato de compraventa no afecta en nada al contrato de arrendamiento financiero, que dispondrá de su propia cláusula de sumisión a favor de unos tribunales concretos, que pueden ser distintos a los elegidos en el pacto de elección de tribunal incluido en el contrato de compraventa internacional de aeronaves.

El art. 25 del Reglamento 1215/2012 señala que el pacto de sumisión no puede ser contrario a los arts. 15, 19 y 23 del Reglamento, ni excluya la competencia de los tribunales exclusivamente competentes en virtud del art. 24 del Reglamento 1215/2012. Pero el pacto de sumisión expresa que se incluye en un contrato internacional de arrendamiento financiero de aeronaves ya cumple esta condición, porque la materia del contrato no es objeto de un foro exclusivo; ni se trata de un pacto inserto en un contrato que vincula a una parte débil como ocurre con los contratos de seguros, consumidores o de trabajo; y tampoco está vinculado con ningún *trust*.

Para que el pacto de sumisión a favor de un Estado miembro sea válido, no es necesario que las partes estén domiciliadas en ningún Estado miembro. Por lo tanto, los pactos de elección de tribunal a favor de un Estado miembro cuando las partes están domiciliadas en terceros Estados son perfectamente válidos.

Pero se debe recordar que el pacto de sumisión expresa es válido en la medida en que se atribuye competencia a los tribunales de un Estado que no tenía competencia en base a los foros del Reglamento 1215/2012. *Ad. ex.* una cláusula de sumisión inserta en un contrato de arrendamiento financiero a favor de los tribunales de Berlín, será válida siempre y cuando la compañía demandada no esté domiciliada en Alemania, por lo que no será válida en el caso de que la sociedad de *leasing* ILFC demandara a

<sup>271</sup> Arts. 18.1 y 21.2 Reglamento 1215/2012.

Lufthansa, con sede en Colonia (Alemania), por incumplimiento del pago de las cuotas correspondientes al contrato de arrendamiento financiero que ambas han firmado<sup>272</sup>.

Por último, antes de analizar las características formales de los pactos de sumisión, se debe recordar que será válido en cuanto al fondo dicho pacto incluido en un contrato de arrendamiento financiero, siempre que no sea nulo de pleno derecho en virtud de las normas de conflicto del Estado cuyo tribunal ha sido elegido<sup>273</sup>.

**111.** Por lo que respecta a las formas que establece el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012 para que los pactos de sumisión sean válidos, cuando éstos se insertan en contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles suelen adoptar la forma escrita. Como son contratos de un gran valor económico, en el que las negociaciones se realizan durante años, lo habitual es que se establezca por escrito los tribunales ante los que litigar. En este sentido, aunque es una forma válida bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012 aquella que se realiza por fax o por medios electrónicos siempre que produzcan un registro duradero, esta no es la forma en que se realizan los pactos de sumisión en este tipo de contratos<sup>274</sup>. En dichas operaciones los abogados de ambas partes se reúnen con frecuencia hasta alcanzar un acuerdo que satisfaga a ambas partes.

El lenguaje utilizado para realizar el pacto de sumisión debe ser claro, en una lengua conocida por ambas partes y debe utilizarse el lenguaje del contrato. En este sentido, en todos los contratos relativos a aeronaves, ya sea el de arrendamiento financiero, los grupos de contratos que conforman una operación de *leasing* o los contratos de arrendamiento operativo, se realizan en inglés. Como consecuencia de la complejidad de la aeronave, quienes realizan este tipo de contratos son profesionales especializados en el sector aeronáutico, y en muchas ocasiones grandes despachos de abogados.

**112.** Aunque las partes tienen la posibilidad de elegir los tribunales de varios Estados miembros, cuando se trata de un contrato de arrendamiento financiero en la cláusula de sumisión se suele atribuir la competencia a los tribunales de un sólo Estado miembro. Como suelen ser contratos de un gran valor económico, se pretende que con dicha cláusula sea fácil determinar el tribunal competente y no tener que litigar para determinar el tribunal competente para que dirima el fondo del asunto. Por esta misma razón, la cláusula de sumisión va a ser lo más clara posible, de manera que el concreto tribunal va a ser designado directamente, sin tener que ser deducido de las intenciones y del contrato entre las partes<sup>275</sup>.

**113.** Además, las cláusulas de sumisión pueden afectar a litigios pasados, presentes o futuros, aunque el que pueda afectar a litigios pasados, no deja de ser un tema bastante problemático.

Se debe tener en cuenta que las partes pueden acordar que la competencia de los tribunales en dicho pacto realizado de acuerdo con el art. 25 del Reglamento 1215/2012, sea exclusiva o no exclusiva. Pero si no se dice nada se entiende que dicha competencia es exclusiva<sup>276</sup>.

La elección de la ley de un Estado como ley aplicable al contrato no implica que se haya elegido como tribunal competente al Estado cuya ley ha sido elegida para regular el contrato. Pero tampoco implica una elección tácita. Sin embargo, sí que se considera que con un pacto de sumisión a favor de los

---

<sup>272</sup> Sin embargo, en la práctica, como ILFC es una sociedad de *leasing* de gran importancia, probablemente el pacto de sumisión se haga a favor de los tribunales de la sede o domicilio de ILFC, no de la aerolínea, con menor poder de negociación que la sociedad de *leasing*.

<sup>273</sup> Como ya se dijo al estudiar la sumisión en el marco del contrato de compraventa, si las partes eligen los tribunales españoles, será la ley que rige el contrato en virtud del Reglamento Roma, la que establezca la nulidad de la cláusula de sumisión. Sin embargo, si eligen a los tribunales franceses, estos deben decidir según los datos del caso si el acuerdo es válido, sin necesidad de acudir a ninguna ley concreta. Pero en lo que respecta a la capacidad de las partes, ésta quedará regulada por la norma de conflicto del Estado del foro.

<sup>274</sup> Es más para que sea válido dicho pacto de sumisión no es necesario que exista ni firma electrónica, ni escrita.

<sup>275</sup> STJCE 9 noviembre 2000, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV y otros*, C-387/98, Rec. 2000, p. I-09337. En dicha sentencia se establecía que una cláusula de sumisión a favor de los tribunales del lugar de establecimiento del transportista era válida, aunque no designase directamente el tribunal competente.

<sup>276</sup> Por otro lado, en los contratos realizados bajo el derecho de un Estado que rige el *Common Law*, lo habitual es que se pacte que el acuerdo a favor de un Estado miembro no tenga carácter exclusivo.

tribunales de un Estado se esté eligiendo la ley aplicable al contrato de arrendamiento financiero. Esto podría ser considerado de esta forma, si se trata de un pacto en el que se acuerda competencia exclusiva a favor de unos tribunales y no existe un pacto en contra respecto al derecho aplicable<sup>277</sup>.

**114.** La sumisión expresa afecta exclusivamente a la relación jurídica y a las diferencias concretas pactadas por ambas partes. En relación con este último punto, se debe tener en cuenta que el alcance del acuerdo de jurisdicción depende de la intención de las partes que debe reflejarse en la cláusula de sumisión, de manera que establezca qué tipo de reclamaciones contractuales cubre o no cubre. Así que en general, el pacto de sumisión afecta a litigios de naturaleza contractual, si bien determinadas reclamaciones extracontractuales relacionadas con el contrato de arrendamiento financiero, estarán cubiertas por el acuerdo de sumisión, dependiendo de la redacción del acuerdo y de su interpretación<sup>278</sup>.

En este sentido, la cláusula de sumisión incluida en un contrato principal, en este caso el de arrendamiento financiero, no afecta a los contratos accesorios, que pueden tener su propia cláusula de sumisión, como se verá al tratar los grupos de contratos en relación con la operación de *leasing*. De la misma manera que dicha cláusula de sumisión no afecta al contrato de compraventa previo entre el fabricante y la sociedad de *leasing*, que también puede tener su propia una cláusula de sumisión. Así que en principio, el acuerdo de sumisión expresa sólo produce efectos entre las partes que los firman y no frente a terceros. Pero puede tener efectos hacia terceras personas, que pueden estar vinculadas por el acuerdo de sumisión aunque no formen parte de él, o que no hayan realizado un consentimiento expreso del acuerdo de sumisión<sup>279</sup>. Este es el caso de la cesión de créditos o la subrogación.

Sin embargo, como se trata de un contrato de arrendamiento financiero, nos centraremos en la subrogación del arrendatario en la posición de la sociedad de *leasing* en sus relaciones con el fabricante, cuando el arrendatario ejercita una acción directa contra el fabricante. En cuyo caso, es la cláusula de sumisión inserta en el contrato de compraventa de aeronaves entre el fabricante y la sociedad de *leasing* la que vincula a ambas partes y al arrendatario cuando se subroga en la posición de la sociedad de *leasing* para ejercitar una reclamación contra el fabricante<sup>280</sup>.

Pero para que el acuerdo de sumisión **inserto** en el contrato de compraventa de aeronaves vinculado al contrato de arrendamiento financiero, se pueda extender a la tercera parte que entra en la relación contractual, el arrendatario, sucediendo tanto en derechos y obligaciones a la anterior parte contratante, es necesario que la cesión sea válida de acuerdo con la ley aplicable al contrato de compraventa de aeronaves civiles<sup>281</sup>. Los requisitos de forma recogidos en el art. 25.1 y 25.2 del Reglamento 1215/2012 tienen que ser cumplidos sólo por el acuerdo de sumisión original. Se debe tener en cuenta que no es posible transmitir el contrato o las obligaciones sin la cláusula de sumisión expresa. Y no se transmitirá la cláusula si el tercero logra demostrar que no tenía conocimiento de la cláusula y que no la había aceptado<sup>282</sup>.

**115.** La sumisión realizada a favor de terceros Estados o de tribunales arbitrales no es válida bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012. Como no se regula en el Reglamento 1215/2012, han surgido distintas tesis al respecto.

<sup>277</sup> U. MAGNUS, "Prorogation of jurisdiction", *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2<sup>a</sup> Edición, Selp, Munich, 2012, p. 461.

<sup>278</sup> U. MAGNUS, "Prorogation of jurisdiction", *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2<sup>a</sup> Edición, Selp, Munich, 2012, p. 505.

<sup>279</sup> Así de conformidad con el art. 8.2 del Reglamento 1215/2012, si una parte intenta añadir a una parte en el proceso, cuando las partes han concluido un acuerdo válido de jurisdicción, posteriormente a efectos de los procedimientos que se planteen, la parte que se ha sumado estará vinculada por el acuerdo que existía entre las partes que iniciaron el proceso original. Pero cuando un demandante interpone una demanda contra varios demandados en el mismo proceso, un pacto de sumisión puede ser invocado por y contra el demandado con el que se ha concluido el pacto de sumisión. Aunque éste no puede ser alegado por y contra el resto de demandados con los que no se ha firmado dicha cláusula atributiva de competencia.

<sup>280</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 127.

<sup>281</sup> En este sentido, no se trata de la transmisibilidad de una cláusula, sino de derechos contractuales (P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 127-128).

<sup>282</sup> Si el tribunal de un Estado miembro comprueba que se cumplen estos requisitos, debe considerarse que el tercero prestó su consentimiento respecto de la cláusula atributiva de competencia y no es necesario que lo compruebe específicamente (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 239).

Si bien, se va a mencionar sólo la tesis mayoritaria conocida como “tesis de la relevancia de la sumisión” en virtud de la que la sumisión en favor de tribunales de terceros Estados o de árbitros produce efectos jurídicos propios, de prórroga, siempre que se ajuste a las normas de competencia judicial internacional de producción interna del Estado miembro en cuestión<sup>283</sup>.

Ahora bien, serán las normas de producción interna del Estado del foro las que establezcan los efectos de la *derogatio fori*.

#### b) *Foro de la sumisión tácita*

**116.** La sumisión tácita es un acuerdo entre las partes de una relación jurídica, que determina el tribunal internacionalmente competente para decidir sobre una controversia surgida entre las partes. Este acuerdo es implícito, lo cual quiere decir que no existe previamente un acuerdo ni en forma oral, ni escrita, y siempre tiene lugar ante un tribunal durante el proceso. La sumisión tácita existe cuando el demandante presenta una demanda y el demandado comparece ante ese tribunal, siempre que tal comparecencia no tenga por objeto impugnar la competencia judicial internacional, tal y como establece el art. 26 del Reglamento 1215/2012. Si el demandado impugna la competencia judicial internacional y, hace valer, también, una defensa subsidiaria sobre el fondo o una demanda reconventional subsidiaria, entonces no existe sumisión tácita<sup>284</sup>.

**117.** Gracias a la sumisión tácita, las partes, cualquiera que sea el Estado de su domicilio, aunque no esté en un Estado miembro, pueden prorrogar la competencia judicial internacional de órganos jurisdiccionales que inicialmente, carecían de competencia judicial internacional porque ningún foro de los recogidos en el Reglamento 1215/2012 les atribuía competencia judicial internacional<sup>285</sup>. Por otro lado, la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior.

#### c) *Foro del domicilio del demandado*

**118.** El art. 4 del Reglamento 1215/2012 contiene una regla general de competencia judicial internacional. A tenor de este foro, el demandando que tenga su domicilio en un Estado miembro, cualquiera que sea su nacionalidad, será demandado ante el tribunal de ese Estado miembro, si se produce un litigio derivado de la compraventa internacional de aeronaves civiles. Este foro responde a la clásica regla de origen medieval *actor sequitur fórum rei*, de acuerdo con la cual el demandante tiene que demandar al demandado ante los tribunales del domicilio de éste último, por ser el “juez natural” del demandado<sup>286</sup>.

<sup>283</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 240.

<sup>284</sup> STJCE 24 junio 1981, *Elefanten Schuch GmbH c. Pierre Jacqmain*, 150/80, *Rec.* 1981, p. 01671; STJCE 22 octubre 1981, *Établissements Rohr Société anonyme c. Dina Ossberger*, 27/81, *Rec.* 1981, p. 02431; STJCE 31 marzo 1982, *C.H.W. c. G.J.H.*, 25/81, *Rec.* 1982, p. 01189; STJCE 14 julio 1983, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG y otros c. Amministrazione del Tesoro dello Stato*, 201/82, *Rec.* 1983, p. 02503; STJCE 7 marzo 1985, *Hannelore Spitzley c. Sommer Exploitation SA*, 48/84, *Rec.* 1985, p. 00787; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 243; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Prorogation of jurisdiction”, *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2<sup>a</sup> Edición, Selp, Munich, 2012, p. 515.

<sup>285</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 242.

<sup>286</sup> STJCE 13 julio 2000, *Group Josi Reinsurance Company SA c. Universal General Insurance Company UGIC*, C-412/88, *Rec.* 2000, p. I-05925, apartado 35; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 247. La regla del *actor sequitur forum rei* tiene un triple fundamento jurídico-público: a) El Estado que tiene más título para conocer del asunto es el correspondiente al del domicilio del demandado, ya que si éste se beneficia de los servicios de ese Estado, debe quedar sometido al “poder jurisdiccional” del mismo. Este vínculo entre el particular y el Poder Judicial se deriva de la soberanía estatal; b) En este foro del domicilio del demandado es más fácil conseguir las pruebas, las notificaciones, etc... necesarias en el proceso. Por lo tanto, el proceso será más económico y más sencillo; c) Como el demandante tiene que desplazarse al país del demandado a interponer la demanda, éste sólo lo va a hacer si piensa que su demanda no es infundada y que la va a ganar. Con lo cual, se evitan procesos infundados, que entorpecen el buen funcionamiento de la función jurisdiccional.

**119.** En cuanto al concepto de comicilio, el art. 63 del Reglamento 1215/2012 recoge el concepto de domicilio de una compañía u otra persona jurídica o asociación natural de personas o legal de personas.

De conformidad con el art. 63 del Reglamento 1215/2012 se considera que una sociedad o persona jurídica está domiciliada en el lugar donde se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. Al utilizar un criterio de triple domicilio de la persona jurídica aumentan las posibilidades de demandar a una empresa en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012, así que los tribunales de varios Estados miembro pueden ser competentes<sup>287</sup>.

Esto refuerza la tutela judicial efectiva e incentiva el comercio internacional con las empresas de *leasing* ILFC o GECAS, puesto que en el caso de un litigio derivado de un arrendamiento financiero de aeronaves civiles, la contraparte, normalmente la aerolínea dispone de la posibilidad de demandarles ante los tribunales de varios Estados miembros en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012.

#### d') *Foro especial en materia contractual*

**120.** Las partes en un litigio derivado de un contrato de arrendamiento financiero pueden acudir también al foro especial en materia contractual recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

Este foro es alternativo al foro del domicilio del demandado. Lo cual quiere decir que si no existe acuerdo de sumisión, el demandante puede elegir entre accionar contra el demandado en el Estado miembro en el que esté domiciliado, en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012; o bien ante los tribunales del Estado miembro en virtud del foro especial por razón de la materia, recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

**121.** Para que sea de aplicación el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012, tiene que tratarse de un litigio en materia contractual, el cual comprende los litigios derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra<sup>288</sup>. Esta noción es amplia, de manera que el litigio puede referirse a una materia contractual aunque el contrato no se haya celebrado formalmente, incluso también sería válido si no existiese un contrato.

En cuanto a las aeronaves civiles, lo habitual que se haya celebrado por escrito el contrato de arrendamiento financiero referente a ellas. Esto es consecuencia de que la aeronave es un bien con una elevada especialización, por lo que se trata de contratos muy complejos con un elevado número de cláusulas, en los que las especificaciones técnicas ocupan un lugar relevante dentro del contrato<sup>289</sup>. Así pues, los litigios que surjan entorno a ellos serán considerados materia contractual, siendo posible la aplicación del art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

Sin embargo, se debe aclarar que la calificación como contractual de la materia del litigio no prejuzga la solución que finalmente se otorgue al caso cuando se decida sobre el Derecho aplicable al mismo, ya que puede ser considerada una materia extracontractual. En cuyo caso, les serán de aplicación las normas relativas a las obligaciones extracontractuales.

Además, no se debe olvidar que es un foro que atribuye competencia judicial internacional y territorial<sup>290</sup>.

<sup>287</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, Comares, Granada, 2014, p. 252.

<sup>288</sup> STJCE 22 marzo 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, Rec. 1983, p. 00987, apartados 11-15; STJCE 17 junio 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, Rec. 1992, p. I-03967, apartado 15; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion européenne SA y otros c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y Capitaine commandant le navire "Alblasgracht V002"*, C-51/97, Rec. 1998, p. I-06511, apartado 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, Rec. 2002, p. I-07357, apartados 23, 24 y 27; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil SA c. Assitalia SpA*, C-265/02, Rec. 2004, p. I-01543, apartado 24; STJCE 20 enero 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, Rec. 2005, p. I-00481, apartados 50-51.

<sup>289</sup> Los contratos de arrendamiento financiero internacional de aeronaves, al igual que sucede con el resto de contratos mencionados sobre la aeronave son de gran tamaño, en cuanto a número de hojas.

<sup>290</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 724.

**122.** El foro especial en materia contractual establece que si se trata de un contrato de compraventa o de prestación de servicios y se ha pactado el lugar de entrega o de prestación del servicio en un Estado miembro, serán competentes los tribunales de dicho Estado, en virtud del art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012. Si no fuese de aplicación dicho precepto para un litigio derivado del contrato de arrendamiento financiero, entonces se acudirá al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida de dicho contrato, para averiguar si existe algún tribunal de un Estado miembro competente, en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012.

**123. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de prestación del servicio (art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012).** Para saber si en caso de litigio sobre un contrato de arrendamiento financiero sobre aeronaves civiles, se puede acudir al tribunal del Estado de lugar de prestación del servicio, habrá que determinar primero si éste puede ser calificado como un contrato de prestación de servicios.

En este sentido, el concepto de prestación de servicios que establece el Reglamento 1215/2012 es un concepto amplio, por lo que comprende los contratos que generan tanto obligación de medios como de resultados<sup>291</sup>. Por lo tanto, en principio el contrato de arrendamiento financiero o *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles debería ser considerado un contrato de prestación de servicios<sup>292</sup>.

Como en Derecho comparado se le considera un contrato complejo, habría que incluirlos dentro de los contratos complejos según los criterios del Reglamento 1215/2012, que son aquellos que comportan prestación del servicio y transmisión de la propiedad sobre las cosas al mismo tiempo. En cuyo caso, habrá que realizar una calificación del contrato de acuerdo con la finalidad del contrato, sin tener en cuenta cuál es la obligación principal del contrato<sup>293</sup>. Pues bien, en el caso del contrato de arrendamiento financiero con opción de compra, se unen la cesión de uso con la transmisión de la propiedad si se ejercita la opción de compra, pero en cualquier caso el fin del contrato es la financiación realizada por la sociedad de *leasing*. Por lo tanto, en dicho contrato la finalidad del contrato no es la transmisión de la propiedad de la aeronave, sino la prestación del servicio de financiación. Así pues, el contrato de arrendamiento con opción de compra debe ser considerado un contrato de prestación de servicios, y evidentemente también si en dicho contrato no existe opción de compra con más razón.

**124.** Una vez que se ha considerado que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato de prestación de servicios, habrá que comprobar si se ha pactado en dicho contrato el lugar de entrega de la aeronave, pues es donde se considera realizada la prestación del servicio. Lo más habitual es que la entrega se pacte en dicho contrato, pero en cualquier caso quien deberá realizar la entrega es el fabricante y no la sociedad de *leasing*. Y como se ha comentado la entrega normalmente se produce en las instalaciones del fabricante, pero en cualquier caso el lugar de entrega debe pactarse en el contrato de arrendamiento financiero.

Aunque no es el caso, señalar brevemente que si hubiera múltiples lugares de prestación del servicio en varios Estados, el tribunal competente sería el del Estado donde se produce la prestación principal del servicio<sup>294</sup>. Ahora bien si éste no es posible determinarse, en la sentencia *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, el TJUE en referencia a un contrato de agencia señaló que para determinar el lugar de entrega principal, debe atenderse en primer lugar a criterios fácticos: si puede extraerse de las cláusulas del contrato y si no es posible su determinación, habrá que acudir al lugar donde se ha desarrollado el servicio de manera preponderante<sup>295</sup>. Y si de todos modos, en relación a dicho

<sup>291</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 731.

<sup>292</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 732.

<sup>293</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 733.

<sup>294</sup> STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, C-19/09, Rec. 2010, p. I-02121, apartados 33, 38 y 39.

<sup>295</sup> STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, C-19/09, Rec. 2010, p. I-02121, apartados 41 y 42; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 733.

contrato de agencia, no se pudiera lograr averiguar el lugar de entrega principal, habrá que acudir al lugar del domicilio del prestador del servicio, siendo éste el criterio del prestador característico<sup>296</sup>. Para otros contratos distintos al de agencia, el TJUE ha establecido soluciones distintas, pero que en cualquier caso llevan a una aplicación expansiva de dicho precepto, procurando mantener su efecto útil<sup>297</sup>.

**125. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida (art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012).** No será de aplicación la solución directa contemplada en el art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012 cuando se de una de estas tres condiciones: que no exista un pacto en el contrato de lugar de entrega, que es donde se considerado realizado el servicio en los contratos de arrendamiento financiero; que exista un pacto en contrario entre las partes; o que el lugar pactado de entrega de la aeronave o aeronaves se encuentre en un Estado no miembro.

En tal caso, habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 7.1.c) del Reglamento 1215/2012, que a su vez nos remite al art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012, el cual establece que será competente el tribunal del Estado miembro correspondiente al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, que es la obligación que sirve a la demanda<sup>298</sup>. Pues bien, la obligación que sirve de base a la demanda u obligación incumplida puede ser la entrega de la aeronave o aeronaves, pero también puede ser el pago por el arrendamiento de la aeronave o aeronaves.

**126.** Para concretar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, la jurisprudencia del TJUE ha seguido la senda ya empezada por la sentencia del caso *Tessili*, en la que se establece que se debe acudir a la Ley aplicable al contrato, la cual se determinará con arreglo a las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto<sup>299</sup>. En consecuencia será la ley aplicable al contrato en virtud del Reglamento Roma I el que establezca el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida<sup>300</sup>.

Por tanto, será la ley nacional a la que remite dicho instrumento quien establezca si dicho lugar de cumplimiento es el domicilio del acreedor, del deudor, etc... Pues bien, el tribunal de ese Estado miembro designado indirectamente será el competente por el foro especial para conocer del litigio derivado de un contrato de arrendamiento financiero.

### 3. Ley aplicable

**127.** El Reglamento Roma I es la norma principal para determinar la ley aplicable a los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles<sup>301</sup>. En el presente trabajo, los litigios que nos interesan son los que surgen de la responsabilidad contractual, por lo que el Reglamento Roma I es el instrumento al que acudirán los tribunales europeos.

<sup>296</sup> STJUE 11 marzo 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH c. Silva Trade SA*, C-19/09, *Rec.* 2010, p. I-02121, apartado 43; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 733.

<sup>297</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 733-734.

<sup>298</sup> STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473.

<sup>299</sup> STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473; STJCE 6 octubre 1976, *A. De Bloos, SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, 14/76, *Rec.* 1976, p. 01497; STJCE 29 junio 1994, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, *Rec.* 1994, p. 02913; STJCE 28 septiembre 1999, *GIE Groupe Concorde y otros c. Capitán del buque "Suhadiwarno Panjan" y otros*, C-440/97, *Rec.* 1999, p. I-06307; STJCE 5 octubre 1999, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodeltex BVBA*, C-420/97, *Rec.* 1999, p. I-06747; STJCE 19 febrero 2002, *Besix SA c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) y Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog)*, C-256/00, *Rec.* 2002, p. I-01699; STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, *Rec.* 2009, p. I03327.

<sup>300</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 134; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 736-737.

<sup>301</sup> Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, DO núm. L 177, 4 julio 2008; corrección de errores DO núm. L 309, 24 noviembre 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

No se estudian en el presente trabajo, los litigios derivados de la reclamación de daños por producto defectuoso que pudiera hacer la aerolínea como arrendataria frente al fabricante de aeronaves, ya que provocan responsabilidad extracontractual. Para determinar la ley aplicable a los litigios derivados de responsabilidad extracontractual se debe acudir al Reglamento Roma II, instrumento internacional que no va a ser abordado<sup>302</sup>.

#### A.

**128.** Por lo que respecta a los ámbitos de aplicación el Reglamento Roma I señalar que en cuanto a su ámbito de aplicación espacial, éste es de aplicación en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca, así que los tribunales de dichos Estados están obligados a aplicar el Reglamento Roma I.

**129.** El Reglamento Roma I es de aplicación a los contratos en general, que incluye los contratos de arrendamiento financiero internacional, concluidos a partir de 17 de diciembre del 2009, tal y como se establece en su art. 28, incluyendo los contratos celebrados el mismo día 17 de diciembre de 2009<sup>303</sup>. Por lo tanto, el Reglamento Roma I es irretroactivo.

Aunque la entrada en vigor del Reglamento Roma I se produjo el día 24 de julio de 2008, no se empezó a aplicar hasta el 17 de diciembre de 2009, porque era el plazo que se le dio a los Estados miembros para que notificaran a la Comisión la lista de Convenios internacionales que regulen conflictos de leyes sobre obligaciones contractuales, en que eran parte uno o dos Estados miembros, puesto que dichos convenios prevalecen sobre el Reglamento Roma I<sup>304</sup>. Así pues, se establecieron seis meses para dar publicidad a estos convenios antes de la aplicación de las disposiciones contenidas en el Reglamento Roma I.

**130.** En cuanto al ámbito de aplicación personal, el Reglamento Roma I es una norma de aplicación universal o lo que es lo mismo, es “*erga omnes*”, según el art. 2 del Reglamento Roma I. Por lo tanto, es totalmente irrelevante el domicilio, la residencia o la nacionalidad de las partes que firman el contrato de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, además de carecer de importancia cualquier otro aspecto realativo al contrato, como pueda ser el lugar de ejecución del contrato o el lugar de celebración del mismo.

El Reglamento Roma I también se va a aplicar aunque la ley designada por dicho instrumento internacional, para regular el contrato de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles sea la Ley de un Estado no miembro del Reglamento Roma I<sup>305</sup>.

**131.** Por último, para determinar el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I se debe acudir al art. 1.1 del Reglamento Roma I, en virtud del cual dicho instrumento determinará la Ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, pero únicamente en aquellos casos en que supongan conflictos de leyes.

Como el Reglamento Roma I se aplica a determinadas obligaciones contractuales pero siempre que supongan un conflicto de leyes, en primer lugar, se va a estudiar qué debe entenderse por situaciones que impliquen un conflicto de leyes, puesto que el Reglamento Roma I no define qué tipo de situaciones provocan un conflicto de leyes.

Para responder a esta pregunta, la mayor parte de la doctrina recurre a la “tesis del elemento extranjero”, que es una de las tesis estudiadas, según la cual existe un conflicto de leyes cuando en la situación contractual existen elementos extranjeros, que haga que nos tengamos que plantear qué De-

<sup>302</sup> Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, DO núm. L 199, 31 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

<sup>303</sup> La corrección de errores del Reglamento Roma I precisamente recoge que éste será de aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, incluido el día 17 (Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento y del Consejo, DOUE núm. L 309, 24 noviembre 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales).

<sup>304</sup> Art. 25.1 Reglamento Roma I.

<sup>305</sup> Art. 2 Reglamento Roma I.

recho estatal debe regular dicha situación, independientemente de cuáles sean esos elementos extranjeros<sup>306</sup>. En consecuencia, el Reglamento Roma I se va a aplicar a las situaciones que son objetivamente internacionales. Pero también se aplicará el Reglamento Roma I en aquellos casos en los que se trata de una situación interna, porque todos los elementos de la misma están conectados con un solo Estado, pero la demanda se plantea ante los tribunales de un Estado distinto. Se trata de contratos objetivamente internos, pero subjetivamente internacionales, en los que el elemento extranjero viene determinado por los tribunales que conocen del asunto<sup>307</sup>.

Sin embargo, el Reglamento Roma I en su art. 3.3 recoge una norma para evitar el fraude de Ley internacional. De manera que en el caso de plantearse una situación subjetivamente internacional, en virtud de la cual todos los elementos del contrato están conectados con un Estado y es la elección de ley la que internacionaliza el contrato, se van a limitar los efectos jurídicos de dicha elección de Ley. Este es el caso en el que se firma un contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles en el que la totalidad de los elementos objetivos del contrato están localizados en un mismo Estado, pero las partes eligen como Ley reguladora del contrato un Derecho extranjero -siendo éste el que internacionaliza el contrato, porque sin esta elección de ley se trataría de un contrato interno-. En tales situaciones, la elección de ley no impedirá la aplicación de las disposiciones imperativas del Estado miembro con el que el contrato está plenamente conectado, pues tales disposiciones no pueden excluirse mediante acuerdo, en virtud del art. 3.3 del Reglamento Roma I<sup>308</sup>. Por lo tanto, en el caso de plantearse este tipo de situaciones subjetivamente internacionales, el Reglamento Roma I va a ser de aplicación, pero se va a limitar la autonomía de la voluntad de las partes.

**132.** Es importante señalar que aunque tal y como se refleja en la denominación del Reglamento Roma I, su objetivo es determinar la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, sin embargo lo que en realidad determina es la Ley aplicable al contrato, de forma que las obligaciones contractuales que se derivan de un mismo contrato quedan reguladas por la misma Ley<sup>309</sup>. Los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles se regulan por su propia Ley<sup>310</sup>.

Por lo que no es posible fijar la Ley aplicable a un conjunto de contratos o a una operación contractual internacional sobre aeronaves, como la planteada cuando se trata de grupos de contratos en torno a una operación de *leasing*, en el que existe un contrato de compraventa, un contrato de *leasing*, un contrato de garantía, un contrato de *trust*, etc. ..., independientemente de los vínculos que puedan existir entre los distintos tipos de contratos que engloban la operación comercial<sup>311</sup>. En consecuencia, el contrato de compraventa internacional de aeronaves estará regulado por una Ley, mientras que el contrato de *leasing* internacional vendrá regulado por otra ley distinta, así como el de garantía tendrá también

<sup>306</sup> O. LANDO, "International situations and "situations involving a choice between the laws of different legal systems", K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, Londres, 1978, pp. 15-24; R. DE NOVA, "Quando un contratto è internazionale", *RDIPP*, 1978, pp. 665-680; G.-R. DELAUME, "What's an International Contract? An American and Gallic Dilemma", *ICLQ*, 1979, vol. XXII, pp. 258-279; P. LALIVE, "Sur une notion de "contrat international", *Multum Non Multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Karlsruhe, Heidelberg, 1980, pp. 135-155; A. SINAGRA "Natura e contenuto della internazionalità dei contratti", *Études en l'honneur de Roberto Ago*, IV, A. Giuffrè, Milán, 1987, pp. 349-382; P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *RCDIP*, 1991, pp. 287-340.

<sup>307</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento "Roma I" sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 29-30.

<sup>308</sup> Considerando (15) Reglamento Roma I.

<sup>309</sup> Esto es así porque en las disposiciones contenidas en el Reglamento Roma I en la que se desarrolla la regulación, es decir en los arts. 3 y 4 del mismo, se hace referencia a los contratos y no a las obligaciones contractuales. En este mismo articulado tampoco se habla de los términos operación contractual, situación contractual o conjunto de contratos.

<sup>310</sup> L. RADICATI DI BROZOLO/ F. SALERNO, "Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa", en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I" -Atti della giornata di studi- Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8.

<sup>311</sup> Esto es así porque resulta muy complicado definir el concepto "conjunto de contratos" u "operación comercial internacional", puesto que aunque haya vínculos entre los contratos porque la finalidad sea la misma -en nuestro caso la compraventa internacional de aeronaves civiles-, cada contrato tiene su causa, sus propias circunstancias y sus contactos con distintos países, que pueden ser diferentes de un contrato a otro. Así lo ha señalado también la jurisprudencia española (STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ\1989\7878); STS de 8 de mayo de 1991 (RJ\1991\3577)).

su propia ley reguladora, y así sucesivamente con todos los contratos que formen parte de la operación comercial internacional de adquisición de la aeronave o aeronaves. Por lo tanto, si se quiere elegir la ley aplicable, se deberá fijar la ley aplicable a cada contrato que forma parte de la operación contractual internacional de *leasing*. Pero si las partes fijaran de forma global la ley estatal aplicable al conjunto de la operación internacional, para poder valorar la validez de dicha elección, se debe entender que la elección global implica tantas elecciones de Ley como contratos existen<sup>312</sup>.

Como cada contrato dispone de su propia Ley reguladora, se tiene que definir a efectos del Reglamento Roma I qué se entiende por contrato, para lo cual se adopta un concepto propio y autónomo de dicho Reglamento, según el cual el contrato sería el “acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas”<sup>313</sup>. En consecuencia existe un contrato para el Reglamento Roma I cuando exista un vínculo entre las partes que forman parte del contrato y a la vez, una correspondencia entre las prestaciones percibidas.

Estas dos condiciones se cumplen en el contrato de compraventa internacional de aeronaves civiles, puesto que en dicho contrato el vínculo que se crea entre ambas partes es voluntario y además existe un equilibrio contractual único, es decir, se puede pactar o bien sólo la entrega de la aeronave por parte de una aerolínea, si la aeronave es usada, o incluso la fabricación por parte del fabricante, si la aeronave es nueva, a cambio del pago de un precio por parte de la otra aerolínea que es la compradora.

Sin embargo, este último requisito no es tan evidente cuando se trata de un contrato de “*leasing*”, ya que no se trata de un contrato materialmente típico como la compraventa, sino que estaríamos ante un contrato materialmente atípico, como se señaló al abordar la calificación de dichos contratos, pues no responden a un esquema legalmente preconfigurado<sup>314</sup>.

Como el contrato de *leasing* es un contrato nacido de la práctica jurisprudencial norteamericana para satisfacer las necesidades del comercio internacional, no estaría dentro de los contratos materialmente típicos como es el caso de la compraventa. Ahora bien, debe distinguirse dentro de los contratos atípicos dos tipos de contratos: los contratos atípicos mixtos y los contratos atípicos propios del comercio internacional. Los contratos materialmente atípicos mixtos son aquellos contratos formados por elementos de contratos típicos distintos. En cuanto a los contratos materialmente atípicos propios del escenario internacional son aquéllos que se crean “*ex novo*” para la contratación internacional, pero no existen en la legislación interna de los Estados. Pues bien, el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero estaría dentro de los contratos atípicos mixtos.

En cualquier caso, el Reglamento Roma I es de aplicación a todos los contratos internacionales, ya sean materialmente típicos o atípicos, es decir, estén contemplados o no en el Derecho sustantivo estatal que regule estos contratos. Efectivamente, el art. 4.2 del Reglamento Roma I, regula los contratos conflictualmente mixtos o complejos, de manera que está admitiendo la existencia de un único contrato, cuando los elementos del mismo corresponden a varios tipos de contratos diferentes y dentro de este grupo de contratos conflictualmente mixtos o complejos podrían estar los contratos de *leasing*<sup>315</sup>. Otra posibilidad es que el contrato de *leasing* sea catalogado como un contrato de prestación de servicios, si se tiene en cuenta la amplitud del concepto de prestación de servicios que se recoge en el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I. La clasificación en uno u otro tipo contractual va a depender de cada contrato de *leasing*. Se trataría de un análisis de caso por caso, para determinar en qué categoría contractual incluir al contrato de *leasing*, a los efectos de determinar la ley aplicable, en virtud del Reglamento Roma I. Si

<sup>312</sup> Aunque no se plantea esta problemática en los ejemplos estudiados, esa sería la solución.

<sup>313</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 772.

<sup>314</sup> Las partes diseñan el contrato como estiman conveniente.

<sup>315</sup> En el Reglamento Roma I no existen contratos completamente atípicos, puesto que siempre existe una norma de conflicto que designe la ley aplicable a cualquier contrato internacional (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 768-770).

bien, en este análisis nos centraremos en el contrato de *leasing*, como contrato de arrendamiento financiero, tal y como se entiende en el Derecho continental<sup>316</sup>.

**133.** A continuación, se pasa a explicar cuál será la ley aplicable al contrato de *leasing*. En primer lugar, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato, que prevalece sobre el resto de puntos de conexión (art. 3 del Reglamento Roma I). En segundo lugar, siempre que no haya una elección válida, en función del contrato de *leasing* específico de que se trate, le será de aplicación un precepto del Reglamento Roma I (arts. 4.1, 4.2 y 4.4 del Reglamento Roma I). Y por supuesto, acudir a la cláusula de excepción siempre es una posibilidad con la que cuentan las partes (art. 4.3 del Reglamento Roma I).

#### a) Elección de ley

**134.** Las partes pueden pactar elegir la ley aplicable a su contrato. Para que la elección de ley sea válida es necesario que dicha elección sea clara y cierta, que la ley elegida sea una ley estatal y que se trate de un pacto válido. El que la elección de ley sea clara y cierta implica que dicha elección de ley debe realizarse de manera expresa o tácita.

Aunque no tiene por qué ser en todos los contratos de arrendamiento financiero internacional, es posible que si en ellos intervienen sociedades de *leasing* importantes, como GECAS o ILFC, se pacte la ley aplicable al contrato. Si bien lo más habitual es que se realice por escrito, aunque cualquier otra forma válida de elección expresa es posible como un soporte duradero o incluso de forma oral<sup>317</sup>. O bien, la elección implícita de la ley del contrato será válida siempre que resulte “*de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso*”. Esto quiere decir que los términos del contrato o las circunstancias del caso permitirán precisar si existe una voluntad real de elección de la ley de un Estado, no determinar cuál es la voluntad presunta o hipotética de los contratantes<sup>318</sup>. En caso de duda, el juez debe considerar que no existe elección implícita de la ley del contrato<sup>319</sup>.

Tampoco es probable que en los contratos de arrendamiento financiero recurran al *depeçage*, puesto que ya es bastante complejo dicho contrato, como para que además cada parte esté regulada por la ley de un Estado distinto<sup>320</sup>.

En la misma línea, tampoco es muy factible que recurran a las cláusulas flotantes para la elección de la ley aplicable al contrato, y que son pactos en los que se les permite a las partes elegir la ley aplicable al contrato de arrendamiento financiero en un momento posterior a la celebración del contrato y que son válidos en virtud del art. 3.2 del Reglamento Roma I<sup>321</sup>. La elección unilateral de la ley que rige el contrato es uno de los tipos de las cláusulas flotantes de elección de ley, que consiste en que sólo uno de los contratantes puede elegir la ley aplicable al contrato en un momento posterior a la celebración del

<sup>316</sup> En cuanto al *leasing* de aeronaves más próximo al derecho anglosajón, se hará alguna puntualización. Pues no hay que olvidar que en este epígrafe se abordan los contratos de arrendamiento financiero.

<sup>317</sup> Vid. STSJ Madrid de 21 de septiembre de 2004 (AS\2004\2756); STSJ Islas Canarias Las Palmas núm. 158/2005, de 7 de marzo (AS\2005\1016). Aunque esto es lo que establece la jurisprudencia española, se puede extrapolar a aquellas situaciones en los que los tribunales que conocen son los de cualquier Estado miembro. De hecho, el Reglamento 1215/2012 contempla de manera parecida, las formas genéricas que debe adoptar la sumisión expresa para que sea válida, aunque en este último instrumento internacional se establecen muchos más requisitos que los señalados por el Reglamento Roma I para la elección de ley.

<sup>318</sup> P. LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCDIP*, 1991, p. 303. Para un análisis de la distinción entre voluntad tácita y voluntad presunta o hipotética vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 70-72.

<sup>319</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 779. Se trataría de evitar que el contrato quede sometido a una ley que las partes no hayan elegido y les genere costes conflictuales muy elevados, porque no pudieron prever que se aplicaría dicha ley al contrato de compraventa internacional de grandes aeronaves civiles.

<sup>320</sup> B. DE NOLDE, “La codification du droit international privé”, *RCADI*, 1936, vol. 55, pp. 331-332. Este autor fue el que introdujo la terminología de “*depeçage du contrat*”, y en inglés se denomina “*Splitting of the Contract*”.

<sup>321</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 800.

contrato, e incluso se le da a elegir entre varias opciones. *Ad. ex.* cuando en el contrato arrendamiento financiero de aeronaves civiles se pacte una cláusula entre el GECAS y la aerolínea, British Airways, en la que la empresa arrendataria pueda elegir en cualquier momento como ley aplicable al contrato, la Ley francesa, la Ley inglesa o la Ley de Nueva York –pero lo que suele suceder en la realidad es que se le da a elegir a la aerolínea entre una de las tres, pero se pacta una de ellas cuando se firma el contrato por escrito y aparece sólo una en el mismo-.

Por último, siguiendo con el mismo razonamiento, la elección de ley se realizará con toda probabilidad en el momento de la firma del contrato, aunque el citado art. 3.2 del Reglamento Roma I ofrece la posibilidad de realizarlo en cualquier momento.

#### b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley

**135.** Si en virtud del art. 3 del Reglamento Roma I, las partes no eligen una ley válida para que rija su contrato, el art. 4 del Reglamento Roma I señala la ley aplicable al contrato. Este precepto contempla una serie de puntos de conexión, que nos llevarán a la ley aplicable de un Estado en función de que el contrato de arrendamiento financiero cumpla con uno de los criterios. Si se cumple el primer criterio, no se pasa al siguiente punto de conexión.

Como ya se ha mencionado, si el contrato de arrendamiento financiero en cuestión se incluyera dentro de los contratos de prestación de servicios, la ley aplicable en virtud del art. 4.1.b) sería la de la residencia habitual del arrendador financiero o sociedad de *leasing*. Pero si el contrato de *leasing* por su complejidad no pudiera ser considerado un contrato de prestación de servicios, entonces en virtud del art. 4.2 del Reglamento la ley aplicable, será la de la residencia habitual del prestador característico, que en la mayoría de los casos nos llevará también a la ley de la residencia habitual de la sociedad de *leasing*. Se va a explicar brevemente la cláusula de cierre, del art. 4.4 del Reglamento Roma I, aunque su aplicación a los contratos de arrendamiento financiero va a ser bastante remota.

#### a') *Los ocho tipos de contratos: El contrato de prestación de servicios*

**136.** Los contratos de *leasing* en general no responden a un esquema legalmente preconfigurado, pero en el caso del contrato de arrendamiento financiero en Derecho español se trata de una cesión de uso junto con una opción de compra, aunque dicha opción de compra no es obligatoria en otros ordenamientos. De manera que en muchas ocasiones las partes diseñan el contrato de *leasing*, como estiman conveniente.

Para poder determinar si el contrato de *leasing* podría ser calificado como uno de los ocho contratos, en concreto el de prestación de servicios, se va a definir el concepto “prestación de servicios” que recoge el Reglamento Roma I.

**137. Concepto de prestación de servicios.** Es un concepto autónomo, propio del Reglamento 1215/2012, que coincide con el del Reglamento Roma I<sup>322</sup>.

Dicho concepto es bastante amplio, para así evitar discusiones innecesarias sobre cuál es la prestación característica del contrato<sup>323</sup>. Por lo tanto, no debe identificarse el contrato de prestación de servicios con el contrato de arrendamiento de servicios.

La noción de contrato de prestación de servicios empleada por el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012, que es de donde se extrae el concepto, se puede definir como una noción económica del mismo, no jurídica<sup>324</sup>. Atendiendo a criterios económicos, el contrato de prestación de servicios puede ser definido como “*el contrato que tiene como objetivo principal la prestación de una actividad que*

<sup>322</sup> P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 675-717.

<sup>323</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 819.

<sup>324</sup> J.-M. JACQUET, “Nota a Sents. Cour Cass. Francia de 23 enero 2007, 27 marzo 2007, 14 noviembre 2007, 5 marzo 2008”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 521-531.

consiste en la realización de conductas positivas de dar, hacer o no hacer una cosa, a título oneroso, gratuito o lucrativo, y no en transmitir la propiedad de una cosa o en ceder facultades dominicales<sup>325</sup>. Además, la remuneración que percibe el prestador del servicio no tiene por qué ser obligatoriamente una cantidad dineraria<sup>326</sup>.

Evidentemente si estos contratos de arrendamiento financiero responden a un esquema simple de intercambio de servicio por dinero, la prestación característica será la prestación de servicio, es decir, la cesión de uso realizada por la empresa de *leasing*<sup>327</sup>. De manera que es de aplicación el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, que nos lleva a ley de la administración central de la empresa de *leasing*.

**138.** Sin embargo, el contrato de *leasing* formaría parte de los denominados contratos complejos, como son los contratos sobre servicios de consultoría o los de préstamo, que comportan prestación de servicios y transmisión de propiedad de la cosa al mismo tiempo. En cuyo caso, se debe realizar una calificación según la finalidad del contrato, sin tener en cuenta cuál es la obligación principal del contrato<sup>328</sup>. Así que si la finalidad económica del contrato es la prestación del servicio y no la transmisión de la propiedad de la aeronave, el contrato de *leasing* internacional de aeronaves será calificado como un contrato de prestación de servicios. Pero si la finalidad económica del contrato es la transmisión de la propiedad de una aeronave, el contrato de *leasing* internacional de aeronaves no será una prestación de servicios.

Por lo tanto, habrá que determinar la finalidad económica del contrato de arrendamiento financiero, si entendemos éste como una cesión de uso y disfrute de la aeronave por parte de la sociedad de *leasing* a favor del arrendatario, en la que dicho arrendatario tiene además la opción de comprar la aeronave. Pues bien, al existir en dicho contrato la opción de compra podría configurar la operación de *leasing* en su conjunto (contrato de compraventa más contrato de *leasing*) como una relación similar a una venta a plazos entre el fabricante y el arrendatario con una garantía a favor de la sociedad de *leasing*<sup>329</sup>. En cuyo caso, la relación entre la sociedad de *leasing* y el arrendatario podría no corresponderse exactamente con una cesión de uso por parte de la sociedad de *leasing*, sino como una financiación que otorga la sociedad de *leasing* a cambio de la retención de la propiedad de la aeronave en garantía del pago de dicha financiación. Pero en este supuesto, la propia financiación otorgada por la sociedad de *leasing* sigue siendo la finalidad del contrato y no la del arrendatario que le permite realizar sobre su posesión una reserva de propiedad formal a favor de la sociedad de *leasing*<sup>330</sup>. Por lo tanto, la sociedad de *leasing* presta un servicio a la aerolínea arrendataria al financiar, a través de dicho contrato de *leasing*, el uso, la explotación, el disfrute y en su caso, la compra de la aeronave<sup>331</sup>.

En resumen, el contrato de arrendamiento financiero como ha sido definido es un contrato de prestación de servicios a los efectos del art. 4 del Reglamento Roma I, ya que es un contrato de financiación, al igual que lo son el contrato de préstamo y otros contratos de financiación<sup>332</sup>. Por lo tanto, la ley aplicable al contrato de arrendamiento financiero sobre aeronaves civiles será la ley de la administración central de la sociedad de *leasing*, que bien puede ser la sede central de GECAS o ILFC.

<sup>325</sup> P. BERLIOZ, "La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement Bruxelles I", *JDI Clunet*, 2008, pp. 675-717 ; STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, *Rec.* 2009, p. I03327, apartados 29-32; Conclusiones Abogado General, de 27 enero 2009, apartados 57-58.

<sup>326</sup> STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins SA c. La Maison du Whisky SA*, C-9/12, *Rec.* 2013, p. I00000, apartado 39.

<sup>327</sup> La definición del concepto de prestación característica, se realiza a continuación al tratar los contratos mixtos o complejos.

<sup>328</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 820.

<sup>329</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 250.

<sup>330</sup> Vid. N. BOUZA I VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 129. El cual hace referencia a la aceptación por parte del deudor de que se grave con un derecho real un bien que le pertenece, siendo la prestación característica común a los distintos tipos de garantías mobiliarias sin desplazamiento. El tema de las garantías en relación con los contratos de *leasing* es analizado en el capítulo I.

<sup>331</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 824.

<sup>332</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 824.

b') *Los contratos mixtos o complejos*

**139.** Ahora bien, si el contrato de *leasing* en cuestión no puede ser calificado como un contrato de arrendamiento financiero como se ha definido arriba, sino como un contrato conflictualmente mixto o complejo, se pasaría al siguiente punto de conexión, que nos llevaría a la ley de la administración central del prestador característico, en virtud del art. 4.2 del Reglamento Roma I<sup>333</sup>.

**140. Concepto de contrato conflictualmente complejo o mixto.** Este tipo de contrato es definido de manera literal por el art. 4.2 del Reglamento Roma I como el contrato “*cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato*”. De manera que debe procederse a una calificación según la finalidad del contrato y si éste persigue finalidades económicas diferentes porque contiene derechos y obligaciones que proceden de varios contratos conflictualmente típicos, entonces es un contrato mixto o complejo.

Puesto que si el contrato tiene la misma finalidad económica, como pudiera ser la prestación de un servicio, será considerado como un contrato de prestación de servicios, regulado por el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I. En este sentido, la mayoría de los contratos aparentemente mixtos o complejos desde el punto de vista conflictual, como son los contratos de *leasing* o arrendamiento financiero pueden ser calificados como contratos de prestación de servicios a los efectos del Reglamento Roma I, aunque combinen elementos y formas de diversos contratos contemplados en el art. 4.1 del Reglamento Roma I<sup>334</sup>.

Ahora bien, si el contrato de *leasing* en cuestión, no puede catalogarse como un contrato de prestación de servicios, pero puede calificarse como un contrato conflictualmente mixto o complejo como lo es de forma clara el contrato de concesión con venta de mercaderías, entonces la ley que regirá dicho contrato será la ley de la residencia habitual del prestador característico.

**141. Concepto de prestación característica.** Para la definición de la prestación característica se deben distinguir dos supuestos. Cuando se trata de contratos sinalagmáticos que consisten en el intercambio de dinero por una cosa o actividad, la prestación característica es la prestación no dineraria, es decir el pago<sup>335</sup>.

Pero para el resto de casos, como son los contratos mixtos o complejos, en los que ambas partes realizan prestaciones de diversa naturaleza, entonces “*la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad*” tal y como señala el Considerando (19) del Reglamento Roma I. Para establecer dicho centro de gravedad, se debe tener en cuenta la prestación más complicada, aquélla que supone mayores y más gravosas obligaciones<sup>336</sup>.

**142.** El art. 4.2 del Reglamento Roma I no determina cuál es la prestación característica. Así que para la determinación de la prestación característica, el “centro de gravedad” de conformidad con el Considerando (19), debe concretarse mediante un análisis no sólo de la estructura del contrato de *leasing*, sino del equilibrio concreto de las prestaciones concretas, tal y como lo hayan configurado las partes en su contrato en particular<sup>337</sup>. En definitiva, para concretar la prestación característica el operador jurídico debe analizar la estructura del contrato de *leasing* en cuestión, sin acudir a ninguna Ley estatal.

Pues bien, en la mayoría de las ocasiones, la prestación característica del contrato de *leasing* va a ser la financiación, por lo que será la ley de la administración central de la empresa de *leasing* la que va a ser de aplicación al mismo, que es la misma ley a la que nos llevaba el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I. Si bien, de las circunstancias del contrato en cuestión, se deduce que es otra la prestación característica, como pudiera ser la opción de compra por parte del arrendatario, la ley de la residencia habitual de

<sup>333</sup> Tal y como se recoge también en el Considerando (19).

<sup>334</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 859.

<sup>335</sup> SAP Madrid núm. 58/2014, de 30 de enero (JUR\2014\58245).

<sup>336</sup> A.-J.-E. JAFFEY, “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, *ICLQ*, vol. 34, 1984, pp. 546-547.

<sup>337</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 863.

la aerolínea arrendataria podría ser de aplicación. Aunque es poco probable que se aplique dicha ley, se debe puntualizar que los puntos de conexión del Reglamento Roma I, salvo excepciones, no benefician a la parte débil en el contrato, en este caso en el contrato de *leasing*.

**143.** Por lo tanto, para de la determinación de la prestación característica, ya no se sigue la versión tradicional de dicho concepto, según la cual la prestación característica es aquella que distingue un tipo contractual de otros. Así en los contratos sinalagmáticos en los que se intercambia una cosa o actividad por dinero, la prestación característica no es la prestación dineraria, sino que sería por ejemplo la entrega y la prestación del servicio, en el caso de los contratos de compraventa y de prestación de servicios<sup>338</sup>. De manera que para fijar la prestación característica del contrato de *leasing*, debido a su consideración económica como una operación unitaria próxima a un contrato mixto o complejo, debe partirse de un análisis de la categoría o tipo contractual de que se trate, y no de las circunstancias fácticas del contrato en cuestión<sup>339</sup>.

Cuando estaba en vigor el Convenio de Roma de 1980, para determinar la prestación característica respecto del contrato de *leasing*, como categoría contractual, también llevaba a la aplicación de la ley de la sociedad de *leasing*, puesto que la financiación era considerada la prestación característica en dicho contrato<sup>340</sup>.

Sin embargo, existían propuestas tendentes a la aplicación de la ley del arrendatario, en la medida en la que coincidía con la ley de situación del bien y con la ley de ejecución del contrato<sup>341</sup>. La idoneidad de dicha ley se debía a que el arrendatario era la parte a proteger y determinaba el marco jurídico de real y efectivo de aprovechamiento del bien; además, el hecho de que coincidiera con la ley de situación del bien, presentaba una vinculación estrecha, a la vez que unificaba el régimen de los efectos obligacionales y reales del *leasing*<sup>342</sup>. Si bien este análisis tenía sentido cuando en virtud de la cláusula de escape recogida en el art. 4.5 del Convenio de Roma de 1980, porque en cualquier caso, el contrato debía quedar regulado por la ley que presentaba los vínculos más estrechos con el contrato, de ahí la posible aplicación de la ley del arrendatario. Aunque el Reglamento Roma I contempla la cláusula de excepción del art. 4.3 que nos lleva a la ley del Estado con el que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos, su aplicación es excepcional<sup>343</sup>.

### c') Cláusula de cierre

**144.** Aunque es bastante remoto, por no decir imposible que se aplique la cláusula de cierre al contrato de *leasing*, se va a explicar brevemente su funcionamiento. En concreto, si se trata de un contrato de arrendamiento financiero, tal y como se califica en Derecho español, la cláusula de cierre no sería aplicable.

Pudiera darse el caso de que el contrato de *leasing* en cuestión no pudiese ser catalogado dentro de los ocho tipos de contratos del art. 4.1 del Reglamento Roma I, y el contrato careciese de “centro de gravedad”, por no poder identificarse un conjunto de “prestaciones más complejas”, por lo que tampoco sería de aplicación el art. 4.2 del Reglamento Roma I. En este caso, dicho contrato carecería de prestación característica, por lo que habría que acudir a la ley del Estado con el que el contrato presenta los

<sup>338</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 862.

<sup>339</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 862. Para un análisis detallado de la determinación de la prestación característica de los contratos de *leasing*, de acuerdo con la versión tradicional *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, pp. 241-251.

<sup>340</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 251.

<sup>341</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 234.

<sup>342</sup> E.-M. BEY/ CH. GAVALDA, “Problematique juridique du *leasing* international”, *Gazette du Palais*, 1979-I, p. 144.

<sup>343</sup> Para un análisis de la cláusula de escape del art. 4.3 del Convenio de Roma de 1980 con respecto de la cláusula de excepción del art. 4.3 del Reglamento Roma I *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 130-135.

vínculos más estrechos, en virtud del art. 4.4 del Reglamento Roma I, que opera como una cláusula de cierre, para fijar la ley aplicable al contrato<sup>344</sup>.

Para establecer la ley del Estado con el que el contrato presenta mayores vínculos, se debe proceder a realizar un *Balancing Test*, que se explica de forma detallada al abordar a continuación la cláusula de excepción. De manera que debe hacerse contrato por contrato, teniendo en cuenta que no todas las conexiones del contrato de *leasing* tienen el mismo valor, si bien se analizarán aspectos tales como la residencia y nacionalidad de las partes, lugar de ejecución, lugar de celebración, calidad y cantidad de las prestaciones derivadas del contrato de *leasing*.

**145.** Pero en la mayoría de los casos, el contrato de *leasing* o va a ser catalogado como un contrato de prestación de servicios o la prestación característica va a ser la financiación, por lo que no se tendría que acudir a la cláusula de cierre del art. 4.4 del Reglamento Roma I, previsto para contratos sin prestación característica”.

#### d’) *Cláusula de excepción*

**146.** La cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 del Reglamento Roma I al igual que la cláusula de cierre del art. 4.4 de Reglamento Roma I, va a ser difícil que se aplique cuando se trata de un contrato de *leasing*, y en los contratos de arrendamiento financiero va a ser imposible.

Los requisitos para la aplicación de la cláusula de excepción son que el vínculo entre el contrato de arrendamiento financiero y un país, sean “manifiestamente más estrechos”, que los que unen a dicho contrato con el país de la residencia habitual de la sociedad de *leasing* o arrendadora de aeronaves, punto de conexión al que se llega en virtud del art. 4.1.b) del Reglamento Roma I; y además, que se desprenda “claramente” del conjunto de circunstancias, que el contrato de arrendamiento financiero de aeronaves civiles presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del que corresponde a la residencia habitual de la sociedad de *leasing*. Así que, la cláusula de excepción no sirve para hacer aplicable sin más, la Ley del país más vinculado con el contrato de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles.

Para que opere la cláusula de excepción, recogida en el art. 4.3 del Reglamento Roma I, dado su carácter extraordinario –de ahí la denominación de la cláusula-, tienen que cumplirse todas las condiciones anteriormente señaladas. En primer lugar, para que opere dicha cláusula, el contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles debe presentar vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del establecido por la regla general, recogida en el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I. Para que esta premisa sea satisfecha, es necesario que la conexión del contrato con el Estado del lugar de la administración central o de la sucursal de la sociedad de *leasing* o arrendadora de aeronaves sea fugaz, anecdótica o pasajera, no siendo suficiente que al realizar el *Balancing Test* exista una vinculación más estrecha del contrato con otro Estado que con el Estado de la administración central o sucursal del vendedor.

Además, el hecho de que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del establecido por el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, debe deducirse claramente del conjunto de circunstancias que rodean al contrato, es decir que debe ser perceptible tanto por las partes como por el juez, de manera que la decisión del juez de aplicar la ley a la que lleva la cláusula de excepción no sorprenderá a las partes.

En cuanto a la carga de la prueba, no será el juez, sino la parte interesada en que se le aplique la ley designada por la cláusula de excepción, la que tenga que realizar la carga de la prueba, porque el juez aplicará la norma automática recogida en el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I y sólo si una de las partes demuestra al juez que existe otro país que presente claramente vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato, será la ley de ese otro Estado la que regule el contrato.

<sup>344</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 862.

<sup>A</sup>-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 872.

Y por último, será el juez el que finalmente, si considera que existe un país claramente con vínculos manifiestamente más estrechos con el contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles, el que deberá motivar su decisión de aplicar la ley de dicho Estado, en base al art. 4.3 del Reglamento Roma I y no la ley de la administración central o sucursal del vendedor de aeronaves civiles, en virtud del art. 4.1.a) del Reglamento Roma I.

147. Se debe resaltar de todo lo anterior, que la cláusula de excepción se aplica de forma extraordinaria, si del conjunto de circunstancias que rodean al contrato de *leasing* puede establecerse claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto, a aquel cuya ley es aplicable en virtud de los arts. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I. En cuyo caso, la ley de ese otro Estado debería aplicarse, siempre teniendo en cuenta que se realiza a instancia de parte y que el cambio de ley debe estar motivado por el juez.

Para determinar esto es necesario realizar un *Balancing Test*, para examinar las conexiones del contrato con el otro Estado, en el que todos los elementos del contrato no pesan lo mismo. Este *Balancing Test* consistiría en valorar los contactos del contrato específico de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles con los distintos países. En contraposición a los puntos de conexión rígidos, este método requiere un análisis “caso por caso” para la determinación de la Ley del contrato, que se ha venido utilizado en la cultura anglosajona, pero con el que los jueces continentales no están muy familiarizados. Para llevar a cabo este razonamiento “caso por caso” los vínculos más estrechos deben apreciarse entre un contrato específico y un país concreto, cuya Ley podría regir el contrato.

Para realizar correctamente el *Balancing Test* de un contrato específico de arrendamiento financiero internacional, se tienen que tener en cuenta tanto los elementos y contactos del contrato en cuestión, como de la situación contractual<sup>345</sup>. El Reglamento Roma I no fija una lista de contactos cerrada, ni la relevancia que los contactos dentro de dicha lista, pues la importancia de los distintos contactos cambiará en función del contrato específico que se haya celebrado<sup>346</sup>. Como determinados autores indican se debe realizar una búsqueda abierta de los contactos para determinar el país con la conexión más estrecha con dicho contrato<sup>347</sup>. Los contactos que se deben tener en cuenta para encontrar la vinculación más estrecha con el contrato pueden ser de distintos tipos: contactos subjetivos como son la residencia habitual o la sede de las partes; contactos territoriales como son el lugar de negociación y de celebración de contrato, el lugar de situación o de fabricación de la aeronave y el lugar de entrega de la aeronave; contactos jurídicos como la utilización de contratos propios de un país, es decir del Estado donde una de las partes tiene su administración central o una sucursal, que se atribuya la competencia a los tribunales de un Estado para conocer de los litigios derivados del contrato, es decir, la sumisión expresa o tácita, y la vinculación del contrato con otros contratos; y contactos económicos, como es el caso de una oferta dirigida por una de las partes al país de la sede de la otra parte contratante<sup>348</sup>.

Una vez que al realizar el *Balancing Test*, el contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles presenta algunos vínculos con otro país distinto del Estado de la administración central de la sociedad de *leasing* de aeronaves –que es la ley que en principio regiría el contrato en virtud del art. 4.1.b) del Reglamento Roma I-, se debe comprobar que dichos vínculos presentan mayor valor localizador que otros vínculos que pudieran existir con otros países. En este sentido, al hacer el *Balancing Test* es más importante la calidad de los contactos que la cantidad de contactos del contrato con un concreto Estado. Como dentro del *Balancing Test* no todos los contactos tienen el mismo valor, se deben distinguir -tal y como lo denominan algunos autores- los elementos “con potencial localizador

<sup>345</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 868-869.

<sup>346</sup> Tal y como se recoge en los Considerandos (20) y (21) del Reglamento Roma I, donde señala que el juez deberá tener en cuenta entre otros aspectos si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otros contratos.

<sup>347</sup> También es denominado como “*Open Search of the Closest Connection*” (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 869).

<sup>348</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 869.

fuerte”, que son los que permiten a las partes prever fácilmente cuál es la ley que va a regir su contrato y los elementos “con potencial localizador débil”, que son los que no permiten a las partes determinar cuál es el Derecho aplicable a su contrato<sup>349</sup>.

Respecto de los elementos “con potencial localizador fuerte” se puede encontrar el lugar de la administración central de las partes en el contrato, así que si las dos partes tienen su administración central en el mismo país, sería un elemento muy importante a tener en cuenta sobre cual es el país más vinculado con dicho contrato. Otro elemento que refleja una vinculación muy estrecha con el contrato de arrendamiento financiero internacional es el lugar de ejecución de dicho contrato, es decir, el lugar de entrega de las aeronaves a la aerolínea arrendataria.

El contexto económico del contrato de arrendamiento financiero internacional de aeronaves civiles también es un elemento muy importante dentro del *Balancing Test*, puesto que la parte contratante, que realiza una oferta o publicidad dirigida hacia otro país para el arrendamiento de aeronaves, se está arriesgando a que se le aplique la ley de ese otro Estado al que dirige la corriente de comercio internacional, también conocida como *International Stream-of-Commerce*<sup>350</sup>. Por eso, el país al que se dirige la *International Stream-of-Commerce* es el país más vinculado con el contrato, puesto que la ley de dicho país es la que las partes esperan que se aplique al contrato.

Otro elemento con “potencial localizador fuerte” es la existencia de una relación muy estrecha del contrato con otro u otros contratos, pues así lo establece el Considerando (20) del Reglamento Roma I, al obligar al juez a tener en cuenta este hecho para determinar el país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos<sup>351</sup>. Por lo tanto, la denominada “conexión accesoria” no va a servir como elemento con “potencial localizador fuerte” al realizar el *Balancing Test*, con el objetivo de averiguar si la cláusula de excepción del Reglamento Roma I va a ser de aplicación a los contratos de arrendamiento financiero cuando se tratan de contratos únicos. Se produciría una solución distinta en el caso de que se tratase de un grupo de contratos asociados a una operación de *leasing*, como se verá en el apartado VI del presente trabajo.

En cuanto a los elementos con “potencial localizador débil”, son aquéllos que sólo nos dan indicios de que un país puede estar más vinculado con el contrato, como por ejemplo, el tipo de contrato utilizado, es decir que aunque sea un contrato de arrendamiento financiero de aeronaves civiles, puede ser un modelo propio del Estado donde una de las partes tiene su administración central o una sucursal. También se consideran contactos con menor valor localizador a la hora de realizar el *Balancing Test*, el lugar de fabricación de la aeronave, el lugar de celebración del contrato, el lugar de negociación del mismo, el idioma del contrato, el lugar del pago previsto en el contrato, la moneda de pago o el tribunal o los tribunales elegidos por las partes<sup>352</sup>. El TJUE ha señalado al respecto que dichos elementos no tienen un verdadero valor de conexión<sup>353</sup>.

**148.** Pero en cualquier caso, para la aplicación de la cláusula de excepción, es necesario que las conexiones recogidas en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I pierdan “valor de localización” y que se

<sup>349</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 869.

<sup>350</sup> La teoría de la *International Stream-of-Commerce* ya fue utilizada en el siglo XVI por CH. DUMOULIN. Existen dos maneras de crear una *International Stream-of-Commerce*: mediante publicidad previa que incita a contratar y dirigida hacia un concreto mercado o país o a través de una oferta de contrato dirigida especialmente a empresas de un determinado país (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119).

<sup>351</sup> No obstante, el hecho de que exista una conexión muy estrecha entre un contrato y otros contratos, no conlleva de manera automática a la aplicación al primer contrato de la ley que rige los demás contratos. El juez no tiene por qué concluir obligatoriamente que una relación muy estrecha entre un contrato y otro, lleva a que la ley que rige el segundo contrato tiene que regular el primero, porque puede existir otro país con el que el contrato presente vínculos más estrechos. En cualquier caso, el juez deberá motivar su decisión, tanto si decide que la Ley que rige un contrato debe regular el otro contrato con el que existe una relación muy estrecha, como si decide lo contrario, para lo cual el juez dispone de un margen de apreciación. *Vid.* Considerando (16) del Reglamento Roma I.

<sup>352</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 871.

<sup>353</sup> STJUE 6 octubre 2009, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) c. Balkenende Oosthuizen BV y MIC Operations BV*, C-133/08, *Rec.* 2009, p. I-09687, apartado 50.

trate de contactos formales, anecdóticos, casuales o fortuitos<sup>354</sup>. Pues bien, esto sólo se produce cuando la sede del prestador característico es circunstancial o temporal.

Si el contrato de *leasing* se rige por la ley de la residencia habitual de la sociedad de *leasing*, ya sea por el art. 4.1.b) o en su caso, por el art. 4.2 del Reglamento Roma I, sólo si el punto de conexión residencia habitual es meramente temporal, circunstancial o ha cambiado a otro país, podría activarse la cláusula de excepción, que nos llevaría a la ley del Estado con la que el contrato presenta los vínculos más estrechos. Esto podría producirse cuando la sede central de la sociedad de *leasing* se encuentra, por motivos fiscales, en determinados países. En cuyo caso, la aplicación de la ley de dicho Estado podría implicar costes conflictuales muy elevados para las partes y puede resultara adecuado aplicar el art. 4.3 del Reglamento Roma I. Pero es necesario que el contrato muestre de un modo claro que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado distinto al de la sede circunstancial de la sociedad de *leasing*<sup>355</sup>.

En consecuencia, si se trata de un contrato de arrendamiento financiero entre ILFC y la aerolínea española Iberia de veinte aeronaves, para determinar la ley aplicable, habrá que acudir al art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, que nos llevaría a la ley del Estado de la administración central de ILFC, que sería la ley de California. Al ser dicha sociedad de *leasing* una empresa consolidada, su residencia habitual no es fugaz o circunstancial, en cuyo caso la cláusula de excepción nunca podría aplicarse, aunque el contrato de arrendamiento financiero presentase vínculos más estrechos con España.

Ahora bien, si se tratara de un contrato de *leasing* entre una sociedad de *leasing* con sede en Aruba y la aerolínea inglesa British Airways, la ley aplicable sería la ley de la sede de la sociedad de *leasing*, que sería la de Aruba, paraíso fiscal<sup>356</sup>. Ahora bien, si dicho contrato presentara de forma clara vínculos manifiestamente más estrechos con Inglaterra, la cláusula de excepción podría hacer aplicable la ley inglesa y no la ley de Aruba, que es una ley que supondría costes conflictuales muy elevados para ambas partes, incluso para la sociedad de *leasing*, que sólo posee en Aruba su sede central a efectos fiscales<sup>357</sup>.

#### e') *La cesión del crédito y la subrogación convencional*

**149.** El contrato de *leasing* entre la sociedad de *leasing* y la aerolínea arrendataria funciona respecto de la compraventa como un contrato autónomo, que prevé expresamente una modificación subjetiva de la aerolínea arrendataria, en virtud de la cual ésta traspasa a la aerolínea las acciones que puedan corresponderle contra el fabricante de aeronaves, si se trataba de un contrato de compraventa de aeronaves nuevas o en su caso la aerolínea si se trata de un contrato de aeronaves usadas<sup>358</sup>.

Se trataría pues de una cesión de créditos, pero que no tiene la finalidad de la cesión de la gestión del cobro, sino que el cedente (la sociedad de *leasing*) seguirá siendo a todos los efectos el único y verdadero acreedor (sociedad de *leasing* frente al fabricante)<sup>359</sup>. La cesión tiene como objeto legitimar al cesionario (la aerolínea) para hacer valer el crédito y exigir la prestación que corresponda en nombre propio frente al fabricante<sup>360</sup>.

<sup>354</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 866.

<sup>355</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 867.

<sup>356</sup> También podía haberse planteado el hipotético caso de que ILFC tuviera una oficina en Aruba, a través de la cual lleva operaciones de *leasing*, y dicho contrato se hubiera realizado en el ejercicio de las actividades de dicha oficina.

<sup>357</sup> Efectivamente, con toda probabilidad dicha sociedad de *leasing* tiene su centro de operaciones en Inglaterra, desde la que realiza todas sus operaciones.

<sup>358</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 172.

<sup>359</sup> La transmisión de derechos puede tener distinto alcance, así el art. 14.3 del Reglamento Roma I establece que dicho concepto de cesión incluye las transferencias plenas de derechos, las transferencias de derechos a título de garantía y las prendas u otros derechos de garantías sobre los derechos. Por lo tanto, el cambio de acreedor se produce en virtud de contrato, es decir se trata de una cesión o subrogación convencional (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 913-914)

<sup>360</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 172.

**150.** Pues bien, se deben distinguir por un lado, las obligaciones entre el cedente (sociedad de *leasing*) y el cesionario (la aerolínea) y por otro lado, las relaciones entre el cesionario y el deudor (fabricante). Así que habrá que determinar la ley aplicable a cada una de estas relaciones.

Por lo que respecta a las obligaciones entre el cedente y cesionario o entre el subrogante y el subrogado, serán establecidas por la ley que de conformidad con el Reglamento Roma I rige el contrato de cesión de créditos<sup>361</sup>. El contrato de cesión de créditos no está incluido en la lista de los ocho contratos, porque no es un contrato de prestación de servicios<sup>362</sup>. En este sentido, el contrato de cesión de créditos, que sería el de *leasing*, no es un contrato de prestación de servicios, pues su objetivo económico no es la prestación de un servicio, sino la trasmisión de la titularidad de ese derecho. Es de aplicación el art. 4.2 del Reglamento Roma I, que dado que el prestador característico es el cedente, pues realiza la prestación más compleja, la ley de la administración central de la sociedad de *leasing* regirá dicho contrato<sup>363</sup>.

**151.** En cuanto a las relaciones entre el cesionario y el fabricante estarán sometidas a la ley que riga el contrato cedido, que no es otra que la ley que regula el contrato base entre el primitivo acreedor (sociedad de *leasing*) y el deudor (fabricante), que efectivamente es el contrato de compraventa<sup>364</sup>. Así que, en defecto de elección de ley, la ley que regularía el contrato de compraventa será la de la administración central de fabricante de aeronaves, Boeing o Airbus, es decir la ley del Estado de Illinois o la ley francesa, respectivamente<sup>365</sup>.

**152.** Por lo tanto, la validez y el contenido de la cláusula de subrogación de la aerolínea arrendataria en la posición de la sociedad de *leasing*, quedará regulado por la ley de la administración central de la sociedad de *leasing*. Sin embargo, los efectos de esta cláusula sobre la relación jurídica entre fabricante y la sociedad de *leasing*, es decir las condiciones en las que la aerolínea arrendataria podrá ejercitar la acción directa frente al fabricante, estará regulado por la ley aplicable al contrato de compraventa<sup>366</sup>.

En consecuencia, tal y como señala el art. 14.2 del Reglamento Roma I, la ley del crédito cedido, que es la ley aplicable al contrato de compraventa regula el carácter transferible del crédito; las relaciones entre deudor y el cesionario; las condiciones de la oponibilidad de la cesión frente al deudor, como por ejemplo la notificación; y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor. Sin embargo, no regula las condiciones de oponibilidad de esta cesión frente a terceros<sup>367</sup>.

## **B. Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional**

**153.** En cuanto a la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional se van a explicar los aspectos fundamentales del mismo, pero no de manera muy extensa ya que sólo diez países se han adherido al mismo, entre los que no está España.

<sup>361</sup> Art. 14.1 Reglamento Roma I.

<sup>362</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 915. Si bien el art. 12.1 del Convenio de Roma de 1980 señalaba otra cosa distinta: que la ley aplicable debe ser la ley que rige el contrato de cesión, que es el contrato de *leasing*. En definitiva, que la ley aplicable será la señalada por la autonomía de la voluntad de las partes, o en su defecto, la ley del Estado de la administración central de la sociedad de *leasing* (P. RODRÍGUEZ MATEOS (*El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 172).

<sup>363</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 914.

<sup>364</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 172.

<sup>365</sup> Arts. 3 y 4.1.a) Reglamento Roma I.

<sup>366</sup> Sobre la aplicación de la teoría de la modificación subjetiva *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, *Garantías reales en el comercio internacional. Reserva de dominio, venta en garantía y leasing*, Civitas, Madrid, 1993, p. 224. M. VIRGÓS SORIANO (“Obligaciones contractuales” en J.-D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6<sup>a</sup> ed. rev., Eurolex, Madrid, 1995, p. 197) establece que la situación jurídica del deudor no puede ser modificada sin su consentimiento, por lo que debe estar regulada y garantizada por la ley aplicable al contrato de compraventa.

<sup>367</sup> Para un detalle de cómo cada ordenamiento resuelve esta laguna *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 914.

**154.** Como ya se ha estudiado el ámbito de aplicación espacial del mismo, se va a explicar el ámbito de aplicación material del mismo, para comprender el poco éxito que ha tenido.

Se aplica a las operaciones de *leasing* financiero internacional, con exclusión del *leasing* operativo<sup>368</sup>. A estos efectos, se distinguen los dos aspectos de esta operación: el contrato de suministro que el arrendador, por indicación del arrendatario, celebra con un tercero, proveedor, en virtud del cual el arrendador adquiere el equipo en los términos establecidos por el arrendatario; y el contrato de *leasing* en sentido estricto entre arrendador y arrendatario, en virtud del cual, el primero cede al segundo el derecho a usar la aeronave, mediante el pago de cuotas. El hecho de que no se aplique a los arrendamientos operativos, que cada vez suponen un volumen mayor frente a los arrendamientos financieros, es uno de los motivos de que haya fracasado.

A efectos de la aplicación del Convenio no es necesario que el *leasing* vaya acompañado de una opción de compra en favor del usuario. En este sentido, los ordenamientos están divididos como se ha visto al analizar la calificación de los contratos de arrendamiento financiero, de manera que en algunos Estados es indispensable que exista opción de compra, mientras que en otros no.

En cuanto a los bienes objeto de *leasing* se exceptúan aquellos, que de un modo principal, sean destinados por el usuario para uso personal, familiar o doméstico<sup>369</sup>. En esto coincide con la normativa española aunque no en el asunto de la opción de compra, que en el ordenamiento español es obligatorio

**155.** Por último, señalar que en los arts. 7 a 14 se regula el contenido del contrato, es decir los derechos y obligaciones de las partes, y la oponibilidad de derechos frente a terceros, con una continua remisión a las normas de Derecho internacional aplicables. En cuanto a la oponibilidad de los derechos reales del arrendador sobre la aeronave frente a los síndicos de la quiebra y determinados acreedores, sin que efecte esta oponibilidad a otros acreedores<sup>370</sup>. Los requisitos de publicidad para la oponibilidad van a ser designados por la ley del Estado de matriculación de la aeronave, lo cual coincide con la regulación de los derechos sobre las aeronaves en la mayoría de los ordenamientos<sup>371</sup>.

Coincidiendo con lo señalado sobre el arrendamiento financiero, la Convención señala que el arrendador no incurre en responsabilidad frente al arrendatario en relación con el bien, salvo por los perjuicios derivados de la mala elección del proveedor o de las cualidades del bien<sup>372</sup>.

## VI. Grupos de contratos asociados al *financial lease* o *capital lease* de grandes aeronaves civiles

### 1. Cuestiones preliminares

**156.** Los grupos de contratos, megacontratos o *ensemble conventionnel complexe*, se utilizan con mucha frecuencia en las operaciones de *leasing* de aeronaves. Estos grupos de contratos están formados por contratos menores y aunque parece que conforman un único contrato, en realidad se trata de un conjunto de diversas figuras contractuales como son la compraventa, el *leasing* (u otro contrato de financiación), el contrato de garantía y otros en relación con las aeronaves.

<sup>368</sup> Art. 1.1º a y b Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Acts*, Vol. I, Roma 1991, pp. 333-334).

<sup>369</sup> Art. 1.4 Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Acts*, Vol. I, Roma 1991, p. 334).

<sup>370</sup> Estos otros acreedores son aquellos titulares de privilegios aeronáuticos o de embargo preventivo, en virtud de su art. 5 (UNIDROIT, *Conférence diplomatique pour l'adoption de projets de conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Acts*, Vol. I, Roma 1991, p. 336).

<sup>371</sup> Este es el caso de España, cuyo art. 10.2 de Código Civil remite en materia de derechos reales sobre las aeronaves a la ley del Estado de abnaderamiento de la misma.

<sup>372</sup> Para un mayor detalle sobre las responsabilidades de ambas partes *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 82.

157. Se va a explicar un caso real, a través de un grupo de contratos alrededor de una operación de *leasing* entre Airbus y American Airlines, que se celebró en el año 2011, en los que cada uno de los contratos dispone de su propia cláusula de elección de tribunal, que no atribuye competencia exclusiva. Dicha operación es denominada acuerdo de compraventa aunque en el acuerdo se señala que se trata de un acuerdo de compraventa y de *leasing*, ya que señala textualmente: “*The Seller will sell and deliver the Purchase Aircraft to the Buyer, and the Buyer will purchase and take delivery of the Purchase Aircraft from the Seller, subject to the terms and conditions contained in this Agreement. The Seller will sell, or transfer, and deliver the Leased Aircraft to the Lessor, and, subject to the terms and conditions contained in this Agreement, the Buyer will lease from and take delivery of the Leased Aircraft from the Lessor*”<sup>373</sup>. Pues bien, para llevar a cabo la adquisición de un número determinado de Airbus A320 se redacta este acuerdo general o acuerdo marco de compraventa y *leasing* entre el fabricante Airbus y la aerolínea American Airlines.

Pero además se redacta un contrato de *leasing* con opción a compra entre Airbus que se compromete a vender las aeronaves para que sean alquiladas por parte de American Airlines, mientras que American Airlines se compromete a alquilarlas desde la compañía a la que Airbus le haya vendido las aeronaves<sup>374</sup>.

También se incluye un acuerdo de *trust*, entre el denominado *Owner Participant* y que no se señala quién es para que sea confidencial y por el *Owner Trustee*, que es en principio el banco Wells Fargo Bank Northwest.<sup>375</sup> En virtud de este acuerdo, el *Owner Trustee* comprará los A320 al fabricante Airbus y se los alquilará a American Airlines, a través del acuerdo de *leasing* ya señalado; mientras que el *Owner Participant* creará el *trust* para la propuesta de adquisición de las aeronaves por parte del *Owner Trustee* y su alquiler a American Airlines.

Además, se realiza un acuerdo de participación denominado “*Participation Agreement*” entre American Airlines, el *Owner Participant* y Wells Fargo Bank Northwest (como *Owner Trustee*)<sup>376</sup>. En este acuerdo se viene a recoger la idea anterior reflejada en el acuerdo de *trust*, pero se señala entre otras cosas los beneficios que obtendrá el *Owner Participant* por el acuerdo de constitución del *trust* entre el *Owner Participant* y el *Owner Trustee*.

Por último, se celebra un acuerdo de garantía, en virtud del cual el *Owner Participant* actúa como garante de ciertas transacciones contempladas en el acuerdo de participación antes mencionado<sup>377</sup>.

Pues bien, sólo anticipar que todos estos contratos salvo el del *trust* contienen una cláusula en la que someten sus controversias a la competencia no exclusiva de los tribunales de Estado de Nueva York, a la vez que eligen como ley aplicable al contrato el Derecho de Nueva York<sup>378</sup>. Sin embargo, en el contrato de constitución del *trust* se someten las controversias a los tribunales de Utah, lo cual implica que no es una competencia exclusiva y que están eligiendo como ley aplicable las leyes de Utah<sup>379</sup>.

<sup>373</sup> Acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 15, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

<sup>374</sup> Letter Agreement núm. 1 (*Leasing Matters*) del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, Cláusula 1 (*The leases*), p. 1, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014). En esta cláusula se pacta que Airbus alquilará las aeronaves a American Airlines, a través de la constitución de un *trust*.

<sup>375</sup> Se señala en principio porque puede ser que ese banco actúe como “*Owner Trustee*” o cualquier otro banco aceptado por American Airlines. Annex C (*Form of Trust Agreement*) Trust Agreement del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 1, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

<sup>376</sup> *Participation Agreement* del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 1, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

<sup>377</sup> *Guarantee* del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 1, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

<sup>378</sup> *Participation Agreement* del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, Cláusula 10.7.7 (*Governing Law; Jurisdiction*), p. 44, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

<sup>379</sup> *Trust Agreement* del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, p. 15, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

## 2. Competencia judicial internacional

### A. Reglamento 1215/2012

**158.** Se estudiarán los foros de los que disponen las partes en caso de litigio en relación con los grupos de contratos realizados en torno a una operación de *leasing* sobre grandes aeronaves civiles.

#### a) Ámbitos de aplicación

**159.** En cuanto a los ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012, han sido analizados previamente en el apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente en el epígrafe V.II.A.a).

#### b) Foros de competencia judicial internacional

**160.** Para que un tribunal se pueda declarar competente por un litigio derivado de un grupo de contratos relativos a una operación de *leasing* de aeronaves, las partes deben haberse sometido a él de manera expresa o tácita, que tenga el domicilio en el Estado en el que el demandado está domiciliado, o que se le atribuya competencia por el foro especial.

#### a') *Foro de la sumisión expresa*

**161.** Como se trata de grupos de contratos, las partes pueden incluir en cada uno de los contratos una cláusula eligiendo el tribunal de un Estado miembro ante el que plantear sus controversias, en virtud del art. 25 del Reglamento 1215/2012. Eso sí, cada cláusula de sumisión expresa a los tribunales de un Estado miembro tiene que cumplir con una serie de requisitos para que sea válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012 y que son: que se haga a favor de un Estado miembro, que haya un auténtico acuerdo de sumisión, es decir que sea válido tanto formal como materialmente y que se haga en relación con el contrato en cuestión en el que la cláusula está inserta. Se debe añadir que aunque se trate de grupos de contratos en los que algunos de ellos pueden estar vinculados, la cláusula de sumisión inserta en el contrato de *leasing* no afecta en nada al resto de contratos que conforman la operación de *leasing*, pues cada uno de ellos dispondrá de su propia cláusula de sumisión a favor de unos tribunales concretos y que pueden ser distintos a los elegidos en el pacto de elección de tribunal incluido en el contrato de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles<sup>380</sup>.

El art. 25 del Reglamento 1215/2012 señala que el pacto de sumisión no puede ser contrario a los arts. 15, 19 y 23 del Reglamento, ni excluya la competencia de los tribunales exclusivamente competentes en virtud del art. 24 del Reglamento 1215/2012. Pero el pacto de sumisión expresa que se incluye en un contrato internacional de *leasing* de grandes aeronaves ya cumple esta condición, porque la materia del contrato no es objeto de un foro exclusivo; ni se trata de un pacto inserto en un contrato que vincula a una parte débil como ocurre con los contratos de seguros, consumidores o de trabajo; y tampoco está vinculado con ningún *trust*. Ahora bien uno de los contratos que conforman el grupo de contratos, es el contrato del *trust* para llevar a cabo la operación de *leasing*. Pues bien en relación con dicho contrato de *trust*, el art. 25 del Reglamento 1215/2012 establece que los tribunales de un Estado miembro que hayan sido elegidos en dicho contrato constitutivo de *trust*, serán exclusivamente competentes para conocer de

<sup>380</sup> Si se sigue con el ejemplo inicial que es ilustrativo de una operación real de *leasing* a través de grupos de contratos, se puede observar que el acuerdo de *trust*, el acuerdo de Participación ("*Participation Agreement*") y el de garantía están vinculados, de la misma manera que el contrato de compraventa con el de *leasing* (Acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014)). Pues bien aunque estos contratos están vinculados, cada contrato dispone de su propia cláusula de sumisión, aunque no son válidas bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012 porque nos llevan a los tribunales de Estados que no son miembros.

cualquier acción contra el fundador, el *trustee* o el beneficiario de un *trust*, cuando se trata de relaciones entre estas personas o de sus derechos u obligaciones en el marco del *trust*<sup>381</sup>.

Para que el pacto de sumisión a favor de un Estado miembro sea válido, no es necesario que las partes estén domiciliadas en ningún Estado miembro. Así pues, los pactos de elección de tribunal a favor de un Estado miembro cuando las partes están domiciliadas en terceros Estados son válidos.

También se debe recordar que el pacto de sumisión expresa es válido en la medida en que se atribuye competencia a los tribunales de un Estado que carecía de competencia en virtud de los foros del Reglamento 1215/2012. De manera que cada una de las cláusulas será válida en la medida en que otorgue competencia a un tribunal de un Estado miembro que no era competente por un foro del Reglamento 1215/2012. Desde este punto de vista, podría suceder que una de las cláusulas a favor de un Estado miembro inserta en uno de los contratos no fuese válida conforme al Reglamento 1215/2012, mientras que otras sí. En cuyo caso, habría que acudir a las normas de producción interna del Estado al que se han sometido las partes, para determinar si este pacto de sumisión que no cumple con los requisitos establecidos del Reglamento 1215/2012, sí es válido bajo las normas de producción interna<sup>382</sup>.

Por último, antes de analizar las características formales de los pactos de sumisión, se debe recordar que será válido en cuanto al fondo cada pacto incluido en cada uno de los contratos que forman la operación de *leasing*, siempre que cada uno de ellos no sea nulo de pleno derecho en virtud de las normas de conflicto del Estado cuyo tribunal ha sido elegido por cada uno de los pactos, respectivamente<sup>383</sup>.

**162.** Como se trata de un grupo de contratos relacionados con la operación de *leasing*, lo habitual es que cada contrato tenga su propia cláusula de sumisión realizada por escrito. Por lo que las partes de cada uno de los contratos se tienen que reunir para pactar las cláusulas, entre ellas la de elección de tribunal, de los que queda constancia por escrito. De manera que puede suceder que cada contrato atribuya competencia a tribunales de Estados distintos, como ya se ha visto en el acuerdo de compra de varias aeronaves de la familia A320 entre Airbus y American Airlines.

Por lo tanto, el acuerdo de sumisión inserto en el borrador de un contrato que no llegó a materializarse en un contrato porque no llegó a firmarse, no cumple con el requisito de forma escrita bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012<sup>384</sup>. Al respecto se debe señalar que en los Estados donde es el Derecho civil el que rige, los acuerdos no vinculan a las partes a no ser que se haya realizado el contrato formalmente y que esté firmado por todas las partes.

Sin embargo, bajo el *Common Law* se pueden realizar acuerdos preliminares que las partes se obligan a cumplir y que se reconocen si se ejecuta la *letter of intent* en las que están incluidos tales acuerdos, pero no es necesario que el acuerdo cumpla con más requisitos de forma<sup>385</sup>. Por lo tanto, un

<sup>381</sup> Ahora bien, estas disposiciones en dichos contratos de *trust* para la operación de arrendamiento financiero tendrán efecto, ya que dichos contratos constitutivos de *trust* no son una materia objeto ni de foros exclusivos, ni existe una parte débil en el contrato, como sucede con los contratos de consumidores, de seguros y de trabajo.

<sup>382</sup> En Derecho español, las normas de producción interna en materia de competencia judicial internacional están recogidas en el art. 22 de la LOPJ.

<sup>383</sup> Como ya se dijo al estudiar la sumisión en el marco del contrato de compraventa, si las partes eligen los tribunales españoles, será la ley que rige el contrato en virtud del Reglamento Roma, la que establezca la nulidad de la cláusula de sumisión. Sin embargo, si eligen a los tribunales franceses, estos deben decidir según los datos del caso si el acuerdo es válido, sin necesidad de acudir a ninguna ley concreta. Pero en lo que respecta a la capacidad de las partes, ésta quedará regulada por la norma de conflicto del Estado del foro.

<sup>384</sup> En Estados donde impera el Derecho civil los acuerdos no vinculan a las partes a menos que se haya realizado formalmente un contrato y que esté firmado por todas las partes. Sin embargo, bajo el *Common Law* se pueden realizar acuerdos preliminares que las partes se obligan a cumplir, que se reconocen si se ejecuta la *letter of intent* en las que están incluidos tales acuerdos, pero no es necesario un acuerdo con más requisitos de forma (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 22-23). En este sentido, una cláusula de sumisión incluida en una *letter of intent* no sería válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012. Si bien el uso de las *letter of intent* se utiliza en países donde rige el *Common Law*, en los contratos de compraventa de aeronaves civiles se recurre a ellas como se verá al estudiar el *leasing* realizado través de grupos de contratos. Por esta razón, incluso aunque el objetivo de las *letter of intent* no sea vinculante, por si surgen posibles conflictos de leyes, es importante que la *letter of intent* especifique el derecho aplicables para que puede determinarse su validez (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, p. 23).

<sup>385</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 22-23.

cláusula de sumisión incluida en una *letter of intent* no sería válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012. Si bien el uso de las *letter of intent* se utiliza en países donde rige el *Common Law*, en los contratos de adquisición de aeronaves civiles se recurre a ellas como se verá al estudiar el *leasing* realizado través de grupos de contratos. Por esta razón, incluso aunque el objetivo de las *letter of intent* no sea vinculante, por si surgen posibles conflictos de leyes, es importante que la *letter of intent* especifique el derecho aplicable para que pueda determinarse su validez<sup>386</sup>. Precisamente la *letter of agreement* que se recoge en el acuerdo de compra (en la que se incluye el *leasing*) de varias aeronaves de la familia A320 entre Airbus y American Airlines, en la que se señalan los aspectos referentes al *leasing*, establecen que serán competentes los tribunales del Estado de Nueva York<sup>387</sup>.

**163.** Aunque las partes tienen la posibilidad de elegir los tribunales de varios Estados miembros, cuando se trata de grupos de contratos alrededor de una operación de *leasing*, cada cláusula de sumisión suele atribuir la competencia a los tribunales de un sólo Estado miembro. Pero además si en virtud del Reglamento 1215/2012 se realiza un pacto de sumisión a favor de los tribunales de un Estado miembro, se entiende que éste tiene carácter exclusivo, a no ser que se establezca lo contrario.

Sin embargo, cuando se trata de contratos celebrados bajo el Derecho estadounidense, en los que a través de un pacto de sumisión se atribuye la competencia a los tribunales de un Estado de Estados Unidos –que no sería válida bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012–, es habitual que se señale que esta competencia no es exclusiva. Por lo tanto, aunque la cláusula designa un único tribunal competente pueden existir otros tribunales competentes en virtud de otros foros del Reglamento 1215/2012. *Ad. ex.* en el grupo de contratos que articula una operación de compraventa y *leasing* entre Airbus y American Airlines, cada uno de los contratos dispone de su propia cláusula de elección de tribunal, que no atribuye competencia exclusiva. En el apartado de *Miscellaneous* del contrato de *leasing* se establece que dicho contrato se ha realizado bajo las leyes del Estado de Nueva York, incluyendo todos los aspectos relativos a la realización, validez y reconocimiento del contrato<sup>388</sup>. Aunque no se añade nada más en esta cláusula, por el resto de cláusulas de los demás contratos, son los tribunales del Estado de Nueva York los elegidos también para conocer del asunto, porque existe una conexión entre la cláusula de elección de ley y la de elección de tribunal<sup>389</sup>. En esta cláusula se entiende que dicha competencia no es exclusiva, como se podrá ver en la cláusula de elección de tribunal de alguno de los contratos que conforman el grupo de contratos. Por lo tanto, los tribunales de un Estado miembro pueden ser competentes si se le atribuye competencia por alguno de los foros del Reglamento 1215/2012.

**164.** Se debe tener en cuenta que las cláusulas de sumisión pueden afectar a litigios pasados, presentes o futuros, aunque es fuente de disputas el hecho de que pueda afectar a litigios pasados.

Sin olvidar, que las partes pueden acordar que la competencia de los tribunales en dicho pacto realizado de acuerdo con el art. 25 del Reglamento 1215/2012, sea exclusiva o no exclusiva. Pero si no se dice nada se entiende que dicha competencia es exclusiva<sup>390</sup>.

**165.** En principio, los grupos de contratos que conforman una operación de *leasing*, aunque algunos de ellos pueden estar vinculados, la cláusula de sumisión inserta en el contrato de *leasing* no afecta en nada al resto de contratos que conforman la operación de *leasing*. Si se tiene en cuenta el ejemplo de contrato que es ilustrativo de una operación real de *leasing* a través de grupos de contratos expli-

<sup>386</sup> D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 22-23.

<sup>387</sup> Letter Agreement núm. 1 (*Leasing Matters*) del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, Section 28.f (*Miscellaneous*), p. 33, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

<sup>388</sup> Letter Agreement núm. 1 (*Leasing Matters*) del acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, Section 28.f (*Miscellaneous*), p. 33, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014).

<sup>389</sup> Sin embargo, según se recoge la sumisión en el art. 25 del Reglamento 1215/2012, la elección del derecho aplicable de un Estado no implica que se haya elegido también a los tribunales de dicho Estado para conocer del asunto.

<sup>390</sup> Por otro lado, en los contratos realizados bajo el derecho de un Estado que rige el *Common Law*, lo habitual es que se pacte que el acuerdo a favor de los tribunales de un Estado no tenga carácter exclusivo.

cado al principio, se puede observar que el acuerdo de *trust*, el acuerdo de Participación (“*Participation Agreement*”) y el de garantía están vinculados, de la misma manera que el contrato de compraventa está vinculado con el de *leasing*<sup>391</sup>.

Aunque en principio, el acuerdo de sumisión expresa de cada uno de los contratos sólo produce efectos entre las partes que los firman y no frente a terceros. Sin embargo, puede tener efectos hacia terceras personas, que pueden estar vinculadas por el acuerdo de sumisión aunque no formen parte de él, o que no hayan realizado un consentimiento expreso del acuerdo de sumisión<sup>392</sup>. Pero como ya se ha señalado en ocasiones anteriores este sería el caso de la cesión de créditos o la subrogación.

Pero la extensión del pacto de sumisión a terceros no sería posible en el caso de las cadenas de contratos que es lo que forman el grupo de contratos alrededor de la operación de *leasing*. En definitiva, una simple conexión entre contratos no es suficiente para que un acuerdo de sumisión de un contrato sea aplicable al otro contrato. Del mismo modo, que una cadena de contratos no es suficiente para extender los efectos del acuerdo de sumisión incluido en uno de los contratos al resto de contratos de la cadena, como ocurre con algunos de los contratos vinculados, que se realizan en el marco de una operación de *leasing*<sup>393</sup>.

#### b') *Foro de la sumisión tácita*

**166.** El funcionamiento de la sumisión tácita, analizado para los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, es el mismo que para los grupos de contratos que se elaboran alrededor de una operación de *leasing* internacional de aeronaves. Por lo tanto, para su estudio se debe acudir al apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente al epígrafe V.II.A.b).

#### c') *Foro del domicilio del demandado*

**167.** De la misma manera el foro del domicilio del demandado estudiado en los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, es igualmente de aplicación para los grupos de contratos en relación con una operación de *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles. Por lo tanto, para su estudio se debe acudir al apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente al epígrafe V.II.A.c).

#### d') *Foro especial en materia contractual*

**168.** Cuando se trata de grupos de contratos, el litigio puede surgir de cualquiera de los contratos relacionados con la operación de *leasing* sobre las aeronaves civiles, que constituyen un *ensemble conventionnel complexe*. Pues bien, las partes en un litigio derivado de cualquiera de los contratos que rodean la operación de *leasing* un contrato pueden acudir también al foro especial en materia contractual recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012; siempre y cuando los contratos se encuentren dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012.

<sup>391</sup> Acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines de varias aeronaves de la familia A320, disponible en línea en <http://contracts.onecle.com/amr/airbus-purchase-2011-07-20.shtml> (consultado el 16 de junio de 2014). Pues bien aunque estos contratos están vinculados, cada contrato dispone de su propia cláusula de sumisión, aunque no son válidas bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012 porque nos llevan a los tribunales de Estados que no son miembros.

<sup>392</sup> Así de conformidad con el art. 8.2 del Reglamento 1215/2012, si una parte intenta añadir a una parte en el proceso, cuando las partes han concluido un acuerdo válido de jurisdicción, posteriormente a efectos de los procedimientos que se planteen, la parte que se ha sumado estará vinculada por el acuerdo que existía entre las partes que iniciaron el proceso original. Pero cuando un demandante interpone una demanda contra varios demandados en el mismo proceso, un pacto de sumisión puede ser invocado por y contra el demandado con el que se ha concluido el pacto de sumisión. Aunque éste no puede ser alegado por y contra el resto de demandados con los que no se ha firmado dicha cláusula atributiva de competencia.

<sup>393</sup> U. MAGNUS, “Prorogation of jurisdiction”, *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2<sup>a</sup> Edición, Selp, Munich, 2012, p. 509.

Este foro es alternativo al foro del domicilio del demandado. Lo cual quiere decir que si no existe acuerdo de sumisión, el demandante puede elegir entre accionar contra el demandado en el Estado miembro en el que esté domiciliado, en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012; o bien ante los tribunales del Estado miembro en virtud del foro especial por razón de la materia, recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

**169.** Para que sea de aplicación el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012, tiene que tratarse de un litigio en materia contractual, el cual comprende los litigios derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra<sup>394</sup>. Esta noción es amplia, de manera que el litigio puede referirse a una materia contractual aunque el contrato en cuestión no se haya celebrado formalmente, incluso sería también válido si no existiese un contrato.

En cuanto a las aeronaves civiles, lo habitual es que se haya celebrado por escrito el contrato de arrendamiento financiero referente a ellas. Por lo que, los litigios que surjan entorno a ellos serán considerados materia contractual, siendo posible la aplicación del art. 7.1 del Reglamento 1215/2012. Aunque en Derecho anglosajón, se plantean casos en los que existe un consentimiento libremente asumido por de las partes, pero no se refleja formalmente en un contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles. Este es el caso de las *letter of intent* como se ha podido comprobar en el ejemplo planteado al principio de un grupo de contratos que forman un *ensemble conventionnel complexe*<sup>395</sup>. Pues a estas situaciones también es de aplicación este precepto.

Sin embargo, se debe aclarar que la calificación como contractual de la materia del litigio no prejuzga la solución que finalmente se otorgue al caso cuando se decida sobre el Derecho aplicable al mismo, ya que puede ser considerada una materia extracontractual. En cuyo caso, les serán de aplicación las normas relativas a las obligaciones extracontractuales.

Por otro lado, es un foro que atribuye competencia judicial internacional y territorial<sup>396</sup>.

**170.** El foro especial en materia contractual establece que si se trata de un contrato de compraventa o de prestación de servicios y se ha pactado el lugar de entrega o de prestación del servicio en un Estado miembro, serán competentes los tribunales de dicho Estado, en virtud del art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012. Si no fuese de aplicación dicho precepto para un litigio derivado del contrato en cuestión, entonces se acudiría al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida de dicho contrato, para averiguar si existe algún tribunal de un Estado miembro competente, en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012. Por lo tanto, habrá que determinar para cada uno de los contratos cuál o cuáles de los preceptos les son de aplicación. En este sentido, aunque se analizan brevemente todos los contratos, el litigio surgirá en relación con uno de los contratos, puesto que como ya se dijo cada contrato puede tener incluso su propia cláusula de elección de tribunal.

**171. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de entrega o de prestación del servicio para cada uno de los contratos (art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012).** Para saber si en caso de litigio sobre uno de los contratos que conforman la operación de *leasing* de aeronaves civiles, se puede acudir al tribunal del Estado de lugar de entrega o de prestación del servicio, habrá que determinar primero si éste puede ser calificado como un contrato de compraventa o de prestación de servicios. Si

<sup>394</sup> STJCE 22 marzo 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, *Rec.* 1983, p. 00987, apartados 11-15; STJCE 17 junio 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, *Rec.* 1992, p. I-03967, apartado 15; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion européenne SA y otros c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y Capitaine commandant le navire "Alblasgracht V002"*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. I-06511, apartado 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, *Rec.* 2002, p. I-07357, apartados 23, 24 y 27; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil SA c. Assitalia SpA*, C-265/02, *Rec.* 2004, p. I-01543, apartado 24; STJCE 20 enero 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, *Rec.* 2005, p. I-00481, apartados 50-51.

<sup>395</sup> Para conocer la redacción de un modelo de *letter of intent* vid. D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 23-45.

<sup>396</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 724.

escogemos el acuerdo de compraventa entre Airbus y American Airlines, para poder hacer el estudio, el contrato de compraventa y de *leasing* ya han sido analizados anteriormente<sup>397</sup>. Por lo tanto, se va a analizar el foro especial en relación con el contrato de garantía exclusivamente<sup>398</sup>.

En este sentido, el concepto de prestación de servicios que establece el Reglamento 1215/2012 es un concepto amplio, por lo que comprende los contratos que generan tanto obligaciones de medios como de resultados<sup>399</sup>. Por lo tanto, el contrato de garantía será considerado como un contrato de prestación de servicios<sup>400</sup>. Así que si se ha pactado un lugar de prestación del servicio de garantía en un Estado miembro, el tribunal de dicho Estado miembro será el competente por el foro especial.

**172. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida (art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012).** No se podrá acudir a aplicación la solución directa contemplada en el art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012 para cualquiera de los contratos que conforman los grupos de contratos, cuando se de una de estas tres condiciones: que no exista un pacto en el contrato de lugar de entrega o de prestación del servicio –dependiendo del contrato en cuestión-; que exista un pacto en contrario entre las partes; o que el lugar pactado de entrega de la aeronave o de prestación del servicio se encuentre en un Estado no miembro.

En cuyo caso, para cualquiera de los contratos que forman el *ensemble conventionnel complexe* habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 7.1.c) del Reglamento 1215/2012, que a su vez nos remite al art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012, el cual establece que será competente el tribunal del Estado miembro correspondiente al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, que es la obligación que sirve a la demanda<sup>401</sup>. Pues bien, la obligación que sirve de base a la demanda u obligación incumplida puede ser cualquier obligación que derive del contrato en cuestión.

**173.** Para concretar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, se debe acudir a la Ley aplicable al contrato, la cual se determinará con arreglo a las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto<sup>402</sup>. En consecuencia será la ley aplicable al contrato en virtud del Reglamento Roma I el que establezca el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida<sup>403</sup>. De manera que la ley nacional del Estado miembro al que remite el Reglamento Roma I es el que establezca el tribunal competente por el foro especial.

<sup>397</sup> En el contrato de compraventa y en el de *leasing*, ya se explicó que era posible la determinación del tribunal competente a través de las soluciones directas, que nos llevaban al lugar de entrega de la aeronave. Eso sí, siempre que se pacte en el contrato el lugar de entrega en un Estado miembro.

<sup>398</sup> Por lo que respecta al contrato de *trust* y al de participación ("*Participation Agreement*") no son objeto de análisis por no extender más el presente trabajo.

<sup>399</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 731.

<sup>400</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 732.

<sup>401</sup> STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473.

<sup>402</sup> STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473; STJCE 6 octubre 1976, *A. De Bloos, SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, 14/76, *Rec.* 1976, p. 01497; STJCE 29 junio 1994, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, *Rec.* 1994, p. 02913; STJCE 28 septiembre 1999, *GIE Groupe Concorde y otros c. Capitán del buque "Suhadiwarno Panjan" y otros*, C-440/97, *Rec.* 1999, p. I-06307; STJCE 5 octubre 1999, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodetex BVBA*, C-420/97, *Rec.* 1999, p. I-06747; STJCE 19 febrero 2002, *Besix SA c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) y Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog)*, C-256/00, *Rec.* 2002, p. I-01699; STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, *Rec.* 2009, p. I03327.

<sup>403</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 134; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 736-737.

### 3. Ley aplicable

#### A. Reglamento Roma I

174. Pues bien en estos casos, estaríamos ante lo que podría denominarse como megacontratos o “*ensemble conventionnel complexe*”. El uso de los megacontratos, que están formados por contratos menores, está bastante extendido cuando se trata de la adquisición de las aeronaves civiles. Como se podrá comprobar al estudiar los modelos de contratos en la redacción de los mismos, el megacontrato aunque parece un único contrato, está formado normalmente por varias figuras contractuales que son la compraventa, el *leasing* (u otro contrato de financiación), el contrato de garantía y otros. Al ser varios contratos distintos unos de otros, cada uno tendrá su ley aplicable y habrá que determinar igualmente la competencia judicial internacional para cada tipo de contrato en caso de litigio. En el presente trabajo se están analizando de manera separada, porque como se verá en el ejemplo que antes se ha señalado, las partes han pactado el tribunal y la ley aplicable a cada una de las figuras contractuales. Por lo tanto, las partes tienen la posibilidad de elegir de forma separada la Ley reguladora de cada contrato, así como de pactar la elección del tribunal o de acudir a arbitraje<sup>404</sup>.

Efectivamente no es posible fijar la Ley aplicable a un conjunto de contratos o a una operación contractual internacional sobre aeronaves, como la planteada cuando se trata de grupos de contratos en torno a una operación de *leasing*, en el que existe un contrato de compraventa, un contrato de *leasing*, un contrato de garantía, un contrato de *trust*, etc..., independientemente de los vínculos que puedan existir entre los distintos tipos de contratos que engloban la operación comercial<sup>405</sup>. En consecuencia, el contrato de compraventa internacional de aeronaves estará regulado por una Ley, mientras que el contrato de *leasing* internacional vendrá regulado por otra ley distinta, así como el de garantía tendrá también su propia ley reguladora, y así sucesivamente con todos los contratos que formen parte de la operación comercial internacional de adquisición de la aeronave o aeronaves. Por lo tanto, si se quiere elegir la ley aplicable, se deberá fijar la ley aplicable a cada contrato que forma parte de la operación contractual internacional de *leasing*. Pero si las partes establecieran de forma global la ley estatal aplicable al conjunto de la operación internacional, para poder valorar la validez de dicha elección, se debe entender que la elección global implica tantas elecciones de Ley como contratos existen<sup>406</sup>.

De nuevo, para cada uno de ellos se debe definir lo que se entiende por contrato, para lo cual se adopta un concepto propio y autónomo de dicho Reglamento, según el cual el contrato sería el “acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas”<sup>407</sup>. Como ya se han estudiado los contratos de compraventa y *leasing*, respecto del contrato de garantía se puede afirmar que existen muchos tipos, pero si nos centramos en el contrato de garantía del grupo de contratos, éste se asimilaría en Derecho español a un contrato de fianza, en virtud del cual una de las partes, se obliga mediante una garantía personal, a pagar o satisfacer una obligación si el deudor principal no lo hace, siendo por tanto un contrato típico<sup>408</sup>.

No se debe confundir el concepto de “contrato” con el concepto de “documento”, puesto que el contrato, como concepto jurídico, puede constar en un documento o en varios. Pero en otros casos,

<sup>404</sup> En el ámbito europeo, es el art. 3.1 *in primis* del Reglamento Roma I el que establece que las partes puedan pactar separadamente la Ley aplicable a cada contrato, no pudiendo acudir al 3.1 *in fine* puesto que no estaríamos ante un *depeçage* del contrato.

<sup>405</sup> Esto es así porque resulta muy complicado definir el concepto “conjunto de contratos” u “operación comercial internacional”, puesto que aunque haya vínculos entre los contratos porque la finalidad sea la misma –en nuestro caso la compraventa internacional de aeronaves civiles–, cada contrato tiene su causa, sus propias circunstancias y sus contactos con distintos países, que pueden ser diferentes de un contrato a otro. Así lo ha señalado también la jurisprudencia española (STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ/1989/7878); STS de 8 de mayo de 1991 (RJ/1991/3577)).

<sup>406</sup> Aunque no se plantea esta problemática en los ejemplos estudiados, esa sería la solución.

<sup>407</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 772.

<sup>408</sup> Sin embargo, existen otros muchos tipos de contratos de garantías que son materialmente atípicos en Derecho español. Para un análisis de este tipo de contratos *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 828-830.

un mismo documento puede contener no sólo un contrato, sino varios, como es el caso del ejemplo señalado de un grupo de contratos en relación con la misma operación de *leasing*, en el que en el mismo documento se concentra el contrato de compraventa internacional de aeronaves civiles, el contrato de *leasing* internacional, el contrato de garantía e incluso, el contrato de *trust*.

#### a) Elección de ley

**175.** Para cada uno de los contratos que forman el grupo de contratos, es posible pactar la ley aplicable, tal y como sucedía con la cláusula de sumisión, a la vez que se ha podido comprobar en el ejemplo de los grupos de contratos que conforman el contrato de compraventa de diversos A320 entre Airbus y American Airlines. Como dos de los contratos que forman el grupo de contratos ya se han estudiado: el de compraventa y el de *leasing*, no hace falta que se diga nada más al respecto sobre ellos. Con respecto al contrato de *trust*, no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I (art. 2.h) y no se va a estudiar al igual que el contrato de participación porque está relacionado con el de *trust*, y su análisis supondría extender más el trabajo<sup>409</sup>. Así que sólo queda el contrato de garantía que al igual que ocurriría con el contrato de compraventa y el de *leasing*, es posible pactar la ley aplicable al mismo.

Para que la elección de ley realizada en cada uno de los contratos sea válida es necesario que dicha elección sea clara y cierta, que la ley elegida sea una ley estatal y que se trate de un pacto válido. El que la elección de ley sea clara y cierta implica que sólo es posible la elección expresa o tácita de la ley aplicable.

Tal y como se ha visto en el contrato entre Airbus y American Airlines, las partes suelen elegir la ley aplicable a cada contrato por escrito, para a cada uno se les aplica la ley que consideran las partes en dichos contratos, ya que se realizan entre partes que son distintas en cada uno ellos. Si no pactan una ley, se pasaría al siguiente punto de conexión, que puede llevar a una ley que no sea previsible para las partes, por lo que si se quiere asegurar la ley aplicable al contrato ésta debe señalarse claramente y mejor por escrito. Si bien, existen otras posibilidades con las que cuentan los contratantes para elegir la ley aplicable al contrato detalladas en el apartado V.

Aunque en nuestra opinión no es probable que en ninguno de los tipos de contratos que conforman el grupo de contratos, se recurra al *depeçage*, puesto que ya es bastante complejo contrato, como para que además cada parte esté regulada por la ley de un Estado distinto. De hecho, no debe confundirse el *depeçage* con los grupos de contratos en los que cada uno cuenta con su ley aplicable<sup>410</sup>. En la misma línea, tampoco es muy factible que recurran a las cláusulas flotantes para la elección de la ley aplicable al contrato.

No es necesaria ninguna vinculación del Estado cuya ley ha sido elegida con el contrato. Por lo tanto la ley del Nueva York o del Estado de Utah, leyes utilizadas para regular los contratos en el acuerdo de adquisición de A320 entre Airbus y American Airlines –llevado a cabo a través de un grupo de contratos–, serían válidas. Sin embargo, se debe tener en cuenta la norma antifraude contemplada en el art. 3.4 del Reglamento Roma I.

Finalmente, la elección de ley se realizará con toda probabilidad en el momento de la firma del contrato, aunque el art. 3.2 del Reglamento Roma I ofrece la posibilidad de realizarlo en cualquier momento.

#### b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley

##### a') *Ley aplicable a cada uno de los contratos*

**176.** Pues bien, habrá que determinar la ley aplicable a cada uno de los contratos que conforman el grupo de contratos, en caso de que en los mismos no se haya realizado una elección de ley válida por las partes en cada uno de los contratos.

<sup>409</sup> Para resolver los litigios derivados del mismo, se tendrán que acudir a las normas de Derecho internacional privado de producción interna de cada Estado y aplicar la norma correspondiente, una vez solucionado el problema de calificación, en el caso de España y en el caso de otros ordenamientos donde no se contempla esta figura.

<sup>410</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 795-796.

Como dentro del grupo de contratos, ya se ha estudiado la ley aplicable al contrato de compraventa y el contrato de *leasing*, en defecto de elección de ley, quedaría únicamente el contrato de garantía por ser analizado. Puesto que como ya se ha adelantado el contrato de *trust* está excluido del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, por lo que no será estudiado, así como tampoco el contrato de participación porque está en relación con el contrato de *trust*<sup>411</sup>.

**177.** Se debe determinar la ley aplicable al contrato de garantía, en defecto de elección de ley. En cuanto al contrato de garantía que forma parte del grupo de contratos que se viene estudiando como ejemplo, éste sería calificado como un contrato de fianza en Derecho español, en virtud del cual una de las partes, se obliga mediante una garantía personal, a pagar o satisfacer una obligación si el deudor principal no lo hace, siendo por tanto un contrato típico. Pero en cualquier caso, aunque se tratara de un contrato de garantía que fuera materialmente atípico en Derecho español, este estaría regulado por el Reglamento Roma I

Los contratos de garantía estarían catalogados como contratos de prestación de servicios a los efectos del Reglamento Roma I<sup>412</sup>. Por lo tanto, la ley aplicable a la que remite el art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, es la ley de la administración central del prestador del servicio, que en el caso del contrato de fianza nos lleva a la ley de la administración central del avalista o fiador<sup>413</sup>. En la misma línea, si se tratara de un contrato de garantía autónoma o a primera demanda, que es un tipo de contrato de garantía, la ley aplicable sería la ley de la residencia habitual del banco garante<sup>414</sup>.

#### b') *Cláusula de excepción*

**178.** La cláusula de excepción del art. 4.3 del Reglamento Roma I cobra especial sentido en el caso de que se trate de grupos de contratos, como es el caso del conjunto de contratos desarrollados en torno a una operación de *leasing*.

**179.** Se debe resaltar que la cláusula de excepción se aplica de forma extraordinaria, si del conjunto de circunstancias que rodean a cada uno de los contratos alrededor de la operación de *leasing*, puede establecerse claramente que dichos contratos presentan vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto, a aquel cuya ley es aplicable a cada uno de los contratos en virtud de los arts. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I. En cuyo caso, la ley de ese otro Estado debería aplicarse a todos los contratos, siempre teniendo en cuenta que se realiza a instancia de parte y que el cambio de ley debe estar motivado por el juez.

Para lo cual es necesario realizar un *Balancing Test*, para examinar las conexiones del contrato con el otro Estado, en el que todos los elementos del contrato no pesan lo mismo, sino que existen elementos a tener en cuenta que son más importantes que otros, siendo relevantes por ejemplo, el lugar de la residencia habitual de las partes en ese Estado o que el lugar de entrega o ejecución del contrato se realice también en ese Estado; y siendo menos importante el que en dicho Estado haya tenido lugar la firma del contrato.

**180.** Pero en cualquier caso, para la aplicación de la cláusula de excepción, es necesario que las conexiones recogidas en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I pierdan "valor de localización" y

<sup>411</sup> Se debe aclarar que el "trust", que es una figura de origen anglosajón, está expresamente excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I, en virtud del art. 2.h) de dicho instrumento internacional.

<sup>412</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 828-830.

<sup>413</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 828.

<sup>414</sup> Si bien este contrato en Derecho material español es un contrato atípico, que genera fuertes dudas sobre su admisión legal en Derecho español (A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 829-830).

que se trate de contactos formales, anecdóticos, casuales o fortuitos, que hayan perdido su significado sustancial<sup>415</sup>.

En este sentido, el Considerando (20) del Reglamento Roma I señala que la vinculación más estrecha de un contrato con un Estado distinto de aquél designado por los arts. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I, puede proceder de la relación muy estrecha del contrato con otro contrato o contratos. Si bien, se debe afirmar que en relación con los contratos accesorios, que la regla general es la independencia de los contratos en cuanto a la ley aplicable<sup>416</sup>. De manera que sólo debe acudir a la cláusula de excepción, si la conexión entre el contrato accesorio y el Estado cuya ley debería regular el contrato en virtud del art. 4.1 y 4.2 de Reglamento Roma I es una conexión débil e inesperada.

**181.** Con respecto al ejemplo de grupos de contratos en el que existe un contrato principal alrededor del cual se articulan el resto de contratos, como el de *leasing*, el de *trust*, el de participación y el de garantía, no se puede establecer que la ley aplicable a todos ellos va a ser la ley que rige el contrato principal. La denominada conexión accesorio que nos lleva a la ley del Estado con el que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos es una excepción.

En el ejemplo de grupos de contratos el contrato de compraventa y *leasing* podrían ser considerados dos contratos principales, mientras que los otros tres contratos serían contratos menores que dependen de los otros dos contratos principales. Pues bien como se trata de contratos accesorios al contrato principal de compraventa internacional de aeronaves civiles o al de *leasing*, se puede acabar aplicando a dichos contratos menores la ley que regula el contrato principal, y no la ley del Estado designada por los puntos de conexión recogidos en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I.

Sin embargo, es necesario que la conexión del contrato de garantía con la ley de la residencia habitual del fiador o garante sea una conexión débil<sup>417</sup>. Sólo en este caso, puede considerarse que existe de forma clara una vinculación manifiestamente más estrecha, de dicho contrato de garantía con el Estado cuya ley rige el contrato de compraventa internacional de aeronaves civiles o el contrato de *leasing*; siempre y cuando las partes no hayan designado válidamente una ley reguladora de cada uno de estos contratos accesorios, en cuyo caso sería la ley elegida por las partes la que regiría dichos contratos accesorios, en virtud del art. 3 del Reglamento Roma I.

Por supuesto, cualquier cambio en la ley aplicable, debe ser solicitada a instancia de parte y estar motivada por el juez.

## VII. Contratos de arrendamiento *dry lease* o *wet lease* de grandes aeronaves civiles

### 1. Cuestiones preliminares

**182.** Se debe distinguir entre un contrato de arrendamiento *dry lease* o *wet lease*. Mientras que el *dry lease* puede ser o bien un contrato de arrendamiento financiero o bien de arrendamiento operativo, el *wet lease* siempre va a ser un contrato de arrendamiento operativo, cuyas características ya se han señalado.

Por resumir brevemente, en España, el arrendamiento financiero se trata como un contrato atípico aunque no se realiza de la misma forma que en Estados Unidos -en muchos casos a través de sociedades que se reflejan en una serie de contratos-, pero que en cualquier caso tiene unas características propias que son diferentes a las de un simple arrendamiento.

Por lo que respecta al arrendamiento operativo, éste es tratado en la mayoría de los ordenamientos como un contrato de prestación de servicios.

<sup>415</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 866.

<sup>416</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 867.

<sup>417</sup> No se aborda el contrato de *trust*, ni el contrato de participación por las razones ya expuestas.

## 2. Competencia judicial internacional

### A. Reglamento 1215/2012

**183.** Por lo que respecta al Reglamento 1215/2012, se van a estudiar los foros de los que disponen las partes en caso de litigio en relación con los contratos de arrendamiento operativo de aeronaves civiles, ya sea un *dry lease* (arrendamiento a casco desnudo o sin tripulación) o un *wet lease* (arrendamiento con tripulación).

#### a) Ámbitos de aplicación

**184.** En cuanto a los ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012, han sido analizados previamente en el apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente en el epígrafe V.II.A.a).

#### b) Foros de competencia judicial internacional

**185.** Para que un tribunal se pueda declarar competente por un litigio derivado de un contrato de arrendamiento operativo de aeronaves civiles, las partes deben haberse sometido a él de manera expresa o tácita, estar situado en el Estado del domicilio del demandado, o que tenga competencia por el foro especial.

##### a') *Foro de la sumisión expresa*

**186.** En virtud del art. 25 del Reglamento 1215/2012, en el contrato de arrendamiento operativo de grandes aeronaves civiles, las partes pueden incluir en el mismo una cláusula eligiendo el tribunal de un Estado miembro ante el que plantear sus controversias. Pero para que la sumisión expresa a favor de los tribunales de un Estado miembro tiene que cumplir con una serie de requisitos para que sea válida conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012 y que son: que se haga a favor de un Estado miembro, que haya un auténtico acuerdo de sumisión, es decir que sea válido tanto formal como materialmente y que se haga en relación con un contrato de arrendamiento operativo.

El art. 25 del Reglamento 1215/2012 señala que el pacto de sumisión no puede ser contrario a los arts. 15, 19 y 23 del Reglamento, ni excluya la competencia de los tribunales exclusivamente competentes en virtud del art. 24 del Reglamento 1215/2012. Pero el pacto de sumisión expresa que se incluye en un contrato internacional de arrendamiento operativo de aeronaves ya cumple esta condición, porque la materia del contrato no es objeto de un foro exclusivo; ni se trata de un pacto inserto en un contrato que vincula a una parte débil como ocurre con los contratos de seguros, consumidores o de trabajo; y tampoco está vinculado con ningún *trust*.

Para que el pacto de sumisión a favor de un Estado miembro sea válido, no es necesario que las partes estén domiciliadas en ningún Estado miembro. Así que los pactos de elección de tribunal a favor de un Estado miembro cuando las partes están domiciliadas en terceros Estados son igualmente válidos.

También se debe recordar que el pacto de sumisión expresa es válido en la medida en que se atribuye competencia a los tribunales de un Estado que carecía de competencia en virtud de los foros del Reglamento 1215/2012. *Ad. ex.* una cláusula de sumisión inserta en un contrato de arrendamiento operativo a favor de los tribunales de Madrid, será válida siempre y cuando la sociedad demandada no esté domiciliada en España, por lo que no será válida en el caso de Air France demandase a Iberia, con oficina central en Madrid (España), por incumplimiento del pago de las cuotas correspondientes al contrato de arrendamiento operativo que ambas han celebrado<sup>418</sup>.

---

<sup>418</sup> Sin embargo, en la práctica, como ILFC es una sociedad de *leasing* de gran importancia, probablemente el pacto de sumisión se haga a favor de los tribunales de la sede o domicilio de ILFC, no de la aerolínea, con menor poder de negociación que la sociedad de *leasing*.

Por último, antes de analizar las características formales de los pactos de sumisión, se debe recordar que será válido en cuanto al fondo dicho pacto incluido en un contrato de arrendamiento operativo, siempre que no sea nulo de pleno derecho en virtud de las normas de conflicto del Estado cuyo tribunal ha sido elegido<sup>419</sup>.

**187.** En cuanto a la forma que según art. 25.1 del Reglamento 1215/2012 deben adoptar los pactos de sumisión para que sean válidos, cuando éstos se insertan en contratos de arrendamiento operativo de grandes aeronaves civiles, suelen realizarse en forma escrita. Aunque como se verá a continuación va a variar dependiendo de que se trate de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas o de un contrato celebrado entre una sociedad de *leasing* como GECAS e ILFC y una compañía aérea.

Si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre GECAS o ILFC y una aerolínea, la cláusula de sumisión se realizará por escrito, en la que las compañías de *leasing* como son la parte fuerte del contrato, impondrán sus condiciones y por lo tanto, el tribunal competente ante el que litigar.

Ahora bien, si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas, lo más probable es que se realice por escrito. Estos contratos suelen afectar a una aeronave en concreto, incluso puntualmente si se trata de un *wet lease*, frente a las operaciones de GECAS e ILFC que involucran a un número mayor de aeronaves. Por esta razón, al tener un valor económico menor, puede que recurran a elegir el tribunal competente a través de acuerdos verbales con confirmación escrita, que es una forma válida de pacto de sumisión, recogida en el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012. Se puede afirmar que, aunque es una forma válida bajo el precepto señalado, un pacto de sumisión realizado a través de fax o de medios electrónicos siempre que produzcan un registro duradero, esta no es la forma habitual en que se realizan los pactos de sumisión en este tipo de contratos.

**188.** Las partes tienen la posibilidad de elegir los tribunales de varios Estados miembros, cuando se trata de un contrato de arrendamiento operativo. Sin embargo, lo lógico es que en la cláusula de sumisión se atribuya la competencia a los tribunales de un sólo Estado miembro, pues son contratos de también de gran valor económico, pero en el que sólo se alquila una aeronave, porque cuando se trata de compraventa o de arrendamiento financiero suele involucrar a varias aeronaves.

Si bien, se van a plantear diferencias entre la cláusula inserta dentro de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas o en un contrato celebrado entre una sociedad de *leasing* como GECAS e ILFC y una compañía aérea. En este último caso, lo más probable es que se pacte una cláusula de sumisión a favor de los tribunales que decida ILFC, pues es la parte que domina en el contrato. Mientras que si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas, las partes estarán más igualadas y puede que ni lleguen a pactar cláusula de elección de tribunal.

Si una de las partes en el contrato es ILFC, esta compañía tiene su sede central en los Ángeles en el Estado de California, por lo que es probable que se pacte una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de California o en todo caso de Nueva York. Los tribunales de Nueva York suelen ser elegidos para litigar en Estados Unidos, como ya se dijo al estudiar la competencia judicial internacional en los contratos de compraventa<sup>420</sup>. Ahora bien, si se eligen los tribunales de Nueva York, ya no sería una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de un Estado miembro, con lo cual no sería válido este pacto bajo el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012.

Normalmente, en estas cláusulas insertas en contratos de arrendamiento operativo celebrados bajo un derecho de Estados Unidos, suele pactarse que la competencia no sea exclusiva, con lo cual podrían ser competentes los tribunales de un Estado miembro si se cumple alguno de los foros del Re-

---

<sup>419</sup> Como ya se dijo al estudiar la sumisión en el marco del contrato de compraventa, si las partes eligen los tribunales españoles, será la ley que rige el contrato en virtud del Reglamento Roma, la que establezca la validez o la nulidad de la cláusula de sumisión. Sin embargo, si eligen a los tribunales franceses, estos deben decidir según los datos del caso si el acuerdo es válido, sin necesidad de acudir a ninguna ley concreta. Pero en lo que respecta a la capacidad de las partes, ésta quedará regulada por la norma de conflicto del Estado del foro.

<sup>420</sup> Como ya se ha mencionado, en los contratos celebrados bajo la ley de un Estado de Estados Unidos, se elige la ley de dicho Estado para regular el contrato. Y esto implica que son también los tribunales del Estado en cuestión los elegidos para resolver las controversias que puedan suscitarse.

glamento 1215/2012. Pero si fuera exclusiva, cada Estado miembro deberá determinar los efectos de la *derogatio fori*, tal y como se señaló al analizar los contratos de compraventa internacional de grandes aeronaves civiles.

Ahora bien, si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre dos aerolíneas, con frecuencia se recurre a los tribunales de Inglaterra o de Nueva York, bajo cuyas leyes se suelen realizar estos contratos<sup>421</sup>. Si bien la sumisión a los tribunales de Inglaterra, sí podría ser válida, si se cumplen los requisitos señalados en el art. 25 del Reglamento 1215/2012, ya que es un cláusula a favor de un Estado miembro. En estas cláusulas en contratos efectuados bajo el derecho anglosajón, se suele pactar que la competencia no sea exclusiva, que también es posible para que la cláusula sea válida bajo el art. 25 del Reglamento 1215/2012, ya se trate de un *dry lease* o de un *wet lease*. Si bien es posible que en los contratos de *wet lease*, dicha competencia no exclusiva se reserve sólo al arrendador, como la parte fuerte en el contrato<sup>422</sup>. Por lo tanto, el arrendador dispone de más tribunales ante los que litigar que el arrendatario.

**189.** Además, las cláusulas de sumisión pueden afectar a litigios pasados, presentes o futuros, aunque es bastante problemático que pueda afectar a litigios pasados.

Sin olvidar, que las partes pueden acordar que la competencia de los tribunales en dicho pacto realizado de acuerdo con el art. 25 del Reglamento 1215/2012, sea exclusiva o no exclusiva. Pero si no se dice nada se entiende que dicha competencia es exclusiva<sup>423</sup>.

**190.** La cláusula de sumisión incluida en un contrato principal, en este caso el de arrendamiento operativo entre una sociedad de *leasing* y la aerolínea arrendataria, no afecta a los contratos accesorios, que pueden tener su propia cláusula de sumisión, como se ha visto al tratar los grupos de contratos en relación con la operación de *leasing*. De la misma manera, que si se tratara de un contrato de subarrendamiento, su cláusula de sumisión no afectaría al contrato de arrendamiento financiero previo entre el *head-lessor* y la sociedad de *leasing*, que también puede tener su propia una cláusula de sumisión. Así que en principio, el acuerdo de sumisión expresa sólo produce efectos entre las partes que los firman y no frente a terceros. Pero puede tener efectos hacia terceras personas, que pueden estar vinculadas por el acuerdo de sumisión aunque no formen parte de él, o que no hayan realizado un consentimiento expreso del acuerdo de sumisión<sup>424</sup>. Este es el caso de la cesión de créditos o la subrogación, como se ha señalado en multitud de ocasiones.

Pero una simple conexión entre contratos no es suficiente para que un acuerdo de sumisión de un contrato de arrendamiento operativo sea aplicable al otro posible contrato, sea accesorio u otro contrato principal. Así que un pacto de sumisión dentro de un contrato de arrendamiento operativo de aeronaves civiles no se extiende al contrato de garantía o de fianza entre el arrendador (o el arrendatario, según el caso) y el garante o fiador<sup>425</sup>.

#### b') *Foro de la sumisión tácita*

**191.** El funcionamiento de la sumisión tácita, analizado para los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, es el mismo que para los contratos de arrenda-

<sup>421</sup> Una cláusula en estos términos puede apreciarse en el modelo de contrato de un *dry lease* (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, pp. 197-198).

<sup>422</sup> Una cláusula en estos términos puede apreciarse en el modelo de contrato de un *wet lease* (D.-H. BUNKER, *International Aircraft Financing*, Volume II, Specific Documents, IATA, Montreal, 2005, p. 297).

<sup>423</sup> Por otro lado, en los contratos realizados bajo el derecho de un Estado que rige el *Common Law*, lo habitual es que se pacte que el acuerdo a favor de un Estado miembro no tenga carácter exclusivo.

<sup>424</sup> Así de conformidad con el art. 8.2 del Reglamento 1215/2012, si una parte intenta añadir a una parte en el proceso, cuando las partes han concluido un acuerdo válido de jurisdicción, posteriormente a efectos de los procedimientos que se planteen, la parte que se ha sumado estará vinculada por el acuerdo que existía entre las partes que iniciaron el proceso original. Pero cuando un demandante interpone una demanda contra varios demandados en el mismo proceso, un pacto de sumisión puede ser invocado por y contra el demandado con el que se ha concluido el pacto de sumisión. Aunque éste no puede ser alegado por y contra el resto de demandados con los que no se ha firmado dicha cláusula atributiva de competencia.

<sup>425</sup> U. MAGNUS, "Prorogation of jurisdiction", *Brussels I Regulation on Jurisdiction and Recognition in Civil and Commercial Matters, European Commentaries on Private International Law*, 2<sup>a</sup> Edición, Selp, Munich, 2012, p. 509.

miento operativo sobre aeronaves. Por lo tanto, para su estudio se debe acudir al apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente al epígrafe V.II.A.b).

c') *Foro del domicilio del demandado*

**192.** De la misma manera el foro del domicilio del demandado estudiado en los contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, es igualmente de aplicación para los contratos de arrendamiento operativo sobre aeronaves. Por lo tanto, para su estudio se debe acudir al apartado V, sobre contratos de arrendamiento financiero internacional de grandes aeronaves civiles, concretamente al epígrafe V.II.A.c).

d') *Foro especial en materia contractual*

**193.** Las partes en un litigio derivado de un contrato de arrendamiento operativo, ya se trate de un *dry lease* o de un *wet lease*, pueden acudir también al foro especial en materia contractual recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

Como este foro es alternativo al del domicilio del demandado, el demandante puede elegir entre accionar contra el demandado en el Estado miembro en el que esté domiciliado, en virtud del art. 4 del Reglamento 1215/2012; o bien acudir a los tribunales del Estado miembro en virtud del foro especial por razón de la materia, recogido en el art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

**194.** El art. 7.1 del Reglamento 1215/2012 sólo es de aplicación si se trata de un litigio relativo a una materia contractual, es decir si son asuntos derivados de un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra<sup>426</sup>.

Esta noción es amplia, de manera que el litigio puede referirse a una materia contractual aunque el contrato no se haya celebrado formalmente, incluso sería también válido si no existiese un contrato. Pero lo más común es que los contratos de arrendamiento operativo adopten la forma escrita. En consecuencia, los litigios que surjan entorno a ellos serán considerados materia contractual, siendo posible la aplicación del art. 7.1 del Reglamento 1215/2012.

Pero la calificación como contractual de la materia del litigio, no prejuzga la solución que se otorgue al caso cuando se decida sobre el Derecho aplicable al mismo. Si fuese calificada como materia extracontractual, les serán de aplicación las normas relativas a las obligaciones extracontractuales.

A diferencia del foro del domicilio del demandado, este foro especial atribuye competencia judicial internacional y territorial<sup>427</sup>.

**195.** En virtud del art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012, si se trata de un contrato de compraventa o de prestación de servicios y se ha pactado el lugar de entrega o de prestación del servicio en un Estado miembro, serán competentes los tribunales de dicho Estado. Ahora bien, si no fuese de aplicación dicho precepto para un litigio derivado del contrato de arrendamiento operativo, ya sea un *dry lease* o un *wet lease*, entonces se acudirá al lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida de dicho contrato, para averiguar si existe algún tribunal de un Estado miembro competente, en virtud del art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012.

<sup>426</sup> STJCE 22 marzo 1983, *Martin Peters Bauunternehmung GmbH c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*, C-34/82, Rec. 1983, p. 00987, apartados 11-15; STJCE 17 junio 1992, *Jakob Handt & Co. GmbH c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, C-26/91, Rec. 1992, p. I-03967, apartado 15; STJCE 27 octubre 1998, *Réunion européenne SA y otros c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV y Capitaine commandant le navire "Alblasgracht V002"*, C-51/97, Rec. 1998, p. I-06511, apartado 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, Rec. 2002, p. I-07357, apartados 23, 24 y 27; STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil SA c. Assitalia SpA*, C-265/02, Rec. 2004, p. I-01543, apartado 24; STJCE 20 enero 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, Rec. 2005, p. I-00481, apartados 50-51.

<sup>427</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 724.

**196. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de prestación del servicio (art. 7.1.b) del Reglamento 1215/2012).** Para saber si en caso de litigio sobre un contrato de arrendamiento operativo sobre aeronaves civiles, se puede acudir al tribunal del Estado de lugar de prestación del servicio, habrá que determinar primero si éste puede ser calificado como un contrato de prestación de servicios.

En este sentido, el concepto de prestación de servicios que establece el Reglamento 1215/2012 es un concepto amplio, por lo que comprende los contratos que generan tanto obligación de medios como de resultados<sup>428</sup>. Pero en el caso del arrendamiento operativo internacional de grandes aeronaves civiles está claro que debe ser considerado un contrato de prestación de servicios<sup>429</sup>.

**197.** Una vez que el contrato de arrendamiento operativo se ha calificado como un contrato de prestación de servicios, habrá que comprobar si se ha pactado en dicho contrato el lugar de entrega de la aeronave, pues es donde se considera realizada la prestación del servicio. Lo más habitual es que la entrega se pacte en dicho contrato, puesto que si se trata de un arrendamiento operativo entre dos aerolíneas, ya no se produce en las instalaciones del fabricante como ocurría con el arrendamiento financiero. Lo más probable es que la entrega se produzca en las instalaciones de una de las dos aerolíneas, y seguramente en las instalaciones de la aerolínea vendedora. Pero también dependerá de la importancia de la aerolínea, ya que puede fijar como la parte fuerte en el contrato de arrendamiento operativo el lugar de entrega de la aeronave.

**198. Determinación del tribunal competente en virtud del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida (art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012).** Las soluciones directas no serán de aplicación cuando se cumplan una de estas tres condiciones: que no exista un pacto en el contrato de lugar de entrega, que es donde se considera realizado el servicio en los contratos de arrendamiento operativo; que exista un pacto en contrario entre las partes; o que el lugar pactado de entrega de la aeronave o aeronaves se encuentre en un Estado no miembro.

Así pues es de aplicación el art. 7.1.c) del Reglamento 1215/2012, que a su vez nos remite al art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012, que señala que será competente el tribunal del Estado miembro correspondiente al lugar de cumplimiento de la obligación que sirve a la demanda<sup>430</sup>. En consecuencia la obligación que sirve de base a la demanda u obligación litigiosa incumplida puede ser la entrega de la aeronave o aeronaves, pero también puede ser el pago por el arrendamiento de la aeronave o aeronaves, o cualquier otra.

**199.** Para concretar el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida, la jurisprudencia del TJUE sigue la misma idea señalada por la sentencia del caso *Tessili*, en la que se establece que se debe acudir a la Ley aplicable al contrato, la cual se determinará con arreglo a las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto<sup>431</sup>. En consecuencia será la ley aplicable al contrato en virtud del Reglamento Roma I, la que establezca el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa incumplida<sup>432</sup>.

<sup>428</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 731.

<sup>429</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 732.

<sup>430</sup> STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473.

<sup>431</sup> STJCE 6 octubre 1976, *Industrie Tessili Italiana Como c. Dunlop AG*, 12/76, *Rec.* 1976, p. 01473; STJCE 6 octubre 1976, *A. De Bloos, SPRL c. Société en commandite par actions Bouyer*, 14/76, *Rec.* 1976, p. 01497; STJCE 29 junio 1994, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, C-288/92, *Rec.* 1994, p. 02913; STJCE 28 septiembre 1999, *GIE Groupe Concorde y otros c. Capitán del buque "Suhadiwarno Panjan" y otros*, C-440/97, *Rec.* 1999, p. I-06307; STJCE 5 octubre 1999, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodetex BVBA*, C-420/97, *Rec.* 1999, p. I-06747; STJCE 19 febrero 2002, *Besix SA c. Wasserreinigungsbau Alfred Kretschmar GmbH & Co. KG (WABAG) y Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretschmar GmbH & KG (Plafog)*, C-256/00, *Rec.* 2002, p. I-01699; STJCE 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, *Rec.* 2009, p. I03327.

<sup>432</sup> P. RODRÍGUEZ MATEOS, *El contrato de leasing mobiliario internacional*, Eurolex, Madrid, 1997, p. 134; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales I", en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, pp. 736-737.

Pues bien, el tribunal de ese Estado miembro designado indirectamente será el competente por el foro especial para conocer del litigio derivado de un contrato de arrendamiento operativo sobre grandes aeronaves civiles.

### 3. Ley aplicable

#### A. Reglamento Roma I

**200.** Como ya se señaló en los contratos de compraventa internacional de grandes aeronaves civiles, cada contrato dispone de su propia Ley reguladora. De manera que el Reglamento Roma I adopta un concepto propio y autónomo para definir qué se entiende por contrato: “acuerdo entre dos o más partes dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico de contenido patrimonial o económico entre las mismas”<sup>433</sup>. Por lo tanto, existe un contrato para el Reglamento Roma I cuando exista un vínculo entre las partes que forman parte del contrato y a la vez, una correspondencia entre las prestaciones percibidas.

Estas dos condiciones se cumplen en el contrato de arrendamiento operativo, ya se trate de un *dry lease* o de un *wet lease*. Estos dos tipos de contratos específicos de las aeronaves, son contratos de arrendamiento materialmente típicos, en el que el vínculo que se crea entre ambas partes es voluntario y además existe un equilibrio contractual de un arrendamiento a cambio de una prestación dineraria. La única diferencia entre el *wet lease* y el *dry lease* es el tipo de prestación, ya que en el primero se alquila las aeronaves con tripulación, mientras que en el segundo sin tripulación, pero en ambos se realiza una prestación de un servicio a cambio del pago por el alquiler de las aeronaves.

#### a) Elección de ley

**201.** Las partes en el contrato de *leasing* o arrendamiento operativo, pueden elegir la ley aplicable al contrato. Como ya estudió de manera detallada en el contrato de compraventa internacional de grandes aeronaves civiles, mencionar brevemente que para que la elección de ley sea válida es necesario que dicha elección sea clara y cierta, que la ley elegida sea una ley estatal y que se trate de un pacto válido. El que la elección de ley sea clara y cierta implica que sólo es posible la elección expresa o tácita de la ley aplicable.

Puede ser más probable con respecto a los contratos analizados hasta ahora, que en los contratos de arrendamiento operativo las partes no elijan la ley aplicable al contrato, porque suelen ser contratos realizados entre aerolíneas, menos habitadas a efectuar este tipo de transacciones en el comercio internacional. Si bien puede ser que las partes elijan la ley aplicable al contrato y que además lo hagan por escrito o bien opten por otras posibilidades con las que cuentan los contratantes para elegir la ley aplicable al contrato detalladas en el apartado V.

Aunque en nuestra opinión no es probable que en los contratos de arrendamiento operativo recurran al *depeçage*, puesto que ya es bastante complejo dicho contrato, como para que además cada parte esté regulada por la ley de un Estado distinto. En la misma línea, tampoco es muy factible que recurran a las cláusulas flotantes para la elección de la ley aplicable al contrato.

Por último, siguiendo con el mismo razonamiento, la elección de ley se realizará con toda probabilidad en el momento de la firma del contrato, aunque el art. 3.2 del Reglamento ofrece la posibilidad de realizarlo en cualquier momento.

#### b) Ley aplicable al contrato en defecto de elección de ley

**202.** Pues bien, los contratos de arrendamiento operativo sobre aeronaves civiles, estarían catalogados dentro de los contratos de prestación de servicios, por lo que estarían regulados por el art. 4.1.b)

---

<sup>433</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 772.

del Reglamento Roma I, que nos lleva a la administración central de la aerolínea arrendadora o de la sociedad de *leasing* que arrienda la aeronave.

Por supuesto, también existe la posibilidad de acudir a la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 del Reglamento Roma I.

a') *Los ocho tipos de contratos: El contrato de prestación de servicios*

**203.** Efectivamente en defecto de elección de ley, para determinar la ley aplicable al contrato de arrendamiento operativo, se debe acudir al art. 4.1.b) del Reglamento Roma I que regula la ley aplicable a los contratos de prestación de servicios, que nos lleva a la ley de la residencia habitual de la empresa arrendadora, ya sea una sociedad de *leasing* o una aerolínea.

*Ad. ex.* si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre la aerolínea American Airlines y British Airways, en el que la aerolínea arrendadora es American Airlines, la ley aplicable a dicho contrato será la ley de Texas porque es donde American Airlines tiene su administración central.

b') *Cláusula de excepción*

**204.** En el capítulo III de la compraventa internacional de grandes aeronaves civiles se analiza de manera detallada, por lo que no va a explicarse en detalle, sólo en aquello que al aplicarlo al contrato de arrendamiento operativo, la aplicación de la cláusula de excepción, lleva a resultados distintos que con respecto a los contratos de compraventa.

Pudiera ser que dicha cláusula se active en el caso de los contratos de arrendamiento operativo, puesto que en estos contratos existen vínculos con más Estados, que con los analizados hasta ahora.

**205.** La cláusula de excepción se aplica de forma extraordinaria, si del conjunto de circunstancias que rodean al contrato de arrendamiento operativo puede establecerse claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro Estado distinto, a aquel cuya ley es aplicable en virtud de los arts. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I. En cuyo caso, la ley de ese otro Estado debería aplicarse, siempre teniendo en cuenta que se realiza a instancia de parte y que el cambio de ley debe estar motivado por el juez.

Como ya se adelantó en relación con dicha cláusula de excepción en los contratos de arrendamiento financiero, es necesario realizar un *Balancing Test*, para examinar las conexiones del contrato con el otro Estado, en el que todos los elementos del contrato no pesan lo mismo.

**206.** Pero en cualquier caso, para la aplicación de la cláusula de excepción, es necesario que las conexiones recogidas en el art. 4.1 y 4.2 del Reglamento Roma I pierdan “valor de localización” y que se trate de contactos formales, anecdóticos, casuales o fortuitos<sup>434</sup>. Pues al igual que sucedía con el contrato de *leasing*, esto sólo se produce cuando la sede del prestador característico es circunstancial o temporal.

Esto podría producirse cuando la sede central de la sociedad de *leasing* o de la aerolínea se encuentra, por motivos fiscales, en determinados países. En cuyo caso, la aplicación de la ley de dicho Estado podría implicar costes conflictuales muy elevados para las partes y puede resultara adecuado aplicar el art. 4.3 del Reglamento Roma I. Pero es necesario que el contrato muestre de un modo claro que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado distinto al de la sede circunstancial de la sociedad de *leasing* o de la aerolínea arrendadora<sup>435</sup>.

**207.** *Ad. ex.* si se trata de un contrato de arrendamiento operativo entre la aerolínea American Airlines y British Airways, en el que la aerolínea arrendadora es American Airlines, la ley aplicable a dicho contrato será la ley de Texas porque es donde American Airlines tiene su administración central. Pero sólo si se demuestra que la conexión de la residencia habitual de American Airlines es circunstan-

<sup>434</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 866.

<sup>435</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos Internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Comares, Granada, 2014, p. 867.

cial, podría llevarnos a la aplicación de la ley inglesa si el contrato presentase de forma clara vínculos manifiestamente más estrechos con Inglaterra. En este caso, dado que la conexión residencia habitual no es circunstancial, no podría activarse nunca la cláusula de excepción.

Sólo se activará la cláusula de excepción con respecto a un contrato de arrendamiento operativo cuando la aerolínea arrendadora o la sociedad de *leasing* tengan la administración central en Bermudas o Aruba y se cumplan las condiciones mencionadas para que se active.

## VIII. Conclusiones

**208.** En primer lugar, se ha hecho un análisis económico-contable del *leasing* de aeronaves. De manera que se ha podido comprobar como una figura compleja, como es el *leasing*, adquiere características propias cuando se realiza sobre las aeronaves.

Como consecuencia del elevado valor económico de las mismas ha llevado a que se elaboren complejas estructuras, en las que intervienen *SPV*, con el objetivo por un lado, de que los inversores obtengan ventajas fiscales, a la vez que se garantizan estas operaciones de *leasing* de aeronaves; y por otro lado, de que las aerolíneas puedan obtener financiación para adquirir o utilizar aeronaves.

**209.** Aunque los *capital lease* son figuras que nacen inicialmente en Estados Unidos con el objetivo de que sociedad saque fuera de su balance de situación el valor de la aeronave, denominado "*off-balance sheet*" o bien se pueda realizar la amortización acelerada del bien, después se van consolidando en otros Estados como Alemania o Japón, a través de los *German Leveraged Lease* o *Japanese Leveraged Lease*. Sin embargo, los distintos gobiernos a través de cambios en sus legislaciones, han ido laminando estas ventajas fiscales. De manera, que en la actualidad el *Spanish Operating Lease* destaca por ser una de las estructuras más atractivas como consecuencia de la normativa española que permite la amortización anticipada de las aeronaves en construcción que cumplen con ciertos requisitos.

En este sentido la diferencia entre *capital* o *financial lease* y los *operating lease*, es que aunque tenga la palabra *operating* en el nombre, son *capital* o *financial lease*, caracterizadas por dos operaciones de *leasing*: un *head lease* y un *sublease*, donde sólo este último puede ser considerado un *operating lease*.

De hecho con el tiempo, las aerolíneas optan cada vez más por *operating lease* porque con el *capital lease* tiene que tener capitalizada la aeronave en su balance de situación, mientras que con el *operating lease* las cuotas de *leasing* son llevadas a gastos, mejorando su balance de situación. Es más, las aerolíneas organizan su flota, buscando un equilibrio entre ambos tipos de *leasing*, en función de su estrategia a largo plazo y sus necesidades a corto plazo.

**210.** Se hace necesario delimitar tanto a nivel fiscal como contable cuándo se trata de un *capital lease* o de un *operating lease*, porque se daba la paradoja de que tanto el arrendador como el arrendatario situados en distintos Estados, se desgravaban las aeronaves en sus respectivos ordenamientos, a través de la amortización acelerada de las aeronaves y de incentivos fiscales a la inversión.

Cuando los Estados implicados se dieron cuenta de la situación, redujeron estas desgravaciones fiscales. Mientras que en materia contable, se está intentando elaborar una normativa contable internacional que aúne los criterios ya señalados por la Unión Europea y Estados Unidos para diferenciar un *capital lease* de un *operating lease* y no se produzcan situaciones paradójicas, en las que un mismo *leasing*, pueda ser incluido en distintos tipos de *leasing* en función de la normativa contable.

**211.** También se ha procedido a calificar el contrato de arrendamiento financiero haciendo un análisis tanto desde el punto de vista de Derecho comparado del mismo, como desde el punto de vista del Derecho internacional privado, pues de esta sencilla operación de *leasing* han surgido las estructuras señaladas al realizarse sobre las aeronaves.

Evidentemente las diferencias más sustanciales se producen entre la regulación del arrendamiento financiero del *UCC* de Estados Unidos y el Derecho continental. Pero también existen discrepancias entre el Derecho inglés y otros Estados de la Unión Europea. A la vez que se compara con la Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional, que aunque no ha tenido

mucho éxito, realiza una calificación del contrato. Todos ellos están de acuerdo en calificar al contrato de arrendamiento financiero como un contrato atípico, basado en el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de pacto.

**212.** Por lo tanto, primero se ha analizado el *leasing* internacional de grandes aeronaves civiles, como forma de financiación, donde se puede comprobar la complejidad de este tipo de operaciones cuando se realizan sobre las aeronaves, para después calificar el contrato de arrendamiento financiero, que es como se denomina al *financial lease* en Derecho español.

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas de los tres tipos de operaciones que surgen en relación con el *leasing* de aeronaves, esto es los contratos de arrendamiento financiero, los grupos de contratos y los contratos de arrendamiento operativo, cada uno de ellos tiene implicaciones diferentes en materia de competencia judicial internacional y ley aplicable. Se deba aplicar respectivamente en el marco de la Unión Europea, el Reglamento 1215/2012 y el Reglamento Roma I, para solucionar los problemas que surgen en relación con dichos aspectos.

**213.** Con respecto a la competencia judicial internacional en los contratos de arrendamiento financiero sobre grandes aeronaves civiles, que se realizan con posterioridad al contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles, se puede afirmar que la cláusula de sumisión inserta en el contrato de compraventa no afecta a la que esté incluida en el contrato de arrendamiento financiero. En principio cada cláusula de sumisión sólo afecta a las partes que intervienen en cada una de las relaciones contractuales, y no frente a terceros, salvo excepciones como la cesión o subrogación.

Así pues, como se trata de un contrato de arrendamiento financiero, se produce una subrogación del arrendatario en la posición de la sociedad de *leasing* en sus relaciones con el fabricante, cuando el arrendatario ejercita una acción directa contra el fabricante. En cuyo caso, es la cláusula de sumisión inserta en el contrato de compraventa de aeronaves entre el fabricante y la sociedad de *leasing* la que vincula a ambas partes y al arrendatario cuando se subroga en la posición de la sociedad de *leasing* para ejercitar una reclamación contra el fabricante. Pero para que el acuerdo de sumisión inserto en el contrato de compraventa de aeronaves vinculado al contrato de arrendamiento financiero, se pueda extender a la tercera parte que entra en la relación contractual, el arrendatario, sucediendo tanto en derechos y obligaciones a la anterior parte contratante, es necesario que la cesión sea válida de acuerdo con la ley aplicable al contrato de compraventa de grandes aeronaves civiles.

**214.** Con respecto a la ley aplicable a los contratos de arrendamiento financiero de grandes aeronaves civiles, si conoce del litigio un tribunal de un Estado miembro, aplicará el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable, que en defecto de pacto de elección de ley, acudirá a la ley de la administración central de la sociedad de *leasing*, en virtud del art. 4.1.b) del Reglamento Roma I, que si fuera por ejemplo GECAS, será la ley del Estado de su administración central.

Si bien, dada la importancia económica que alcanzan estas operaciones de arrendamiento financiero, sería lógico pensar que se pacte la ley del contrato, que con toda probabilidad será la del arrendador o sociedad de *leasing*, por ser la parte fuerte en el contrato.

**215.** En cuanto a los grupos de contratos asociados a una operación de *leasing*, se trata de megacontratos o *ensemble conventionnel complexe*. Pues bien se analiza un acuerdo real firmado entre Airbus y American Airlines en torno a una operación de *leasing* formada por los siguientes contratos: el acuerdo marco de compraventa, el contrato de *leasing*, el contrato constitutivo de *trust*, el de participación (*Participation Agreement*), y un contrato de garantía.

Pues bien, cada uno de estos contratos contiene una cláusula de sumisión a favor de unos tribunales que pueden atribuir competencia a tribunales distintos para cada uno de los contratos, como se ha podido comprobar. Si bien en principio, cada una de ellas afecta al contrato en el que está inserta, porque en este sentido la cláusula de sumisión inserta en un contrato sólo afecta a las partes de esa relación contractual. En cualquier caso los tribunales elegidos en los contratos mencionados atribuyen la competencia a Estados de Estados Unidos, pero el carácter no es exclusivo.

Así que como se ha señalado antes, los tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea podrían declararse competentes por alguno de los foros del Reglamento 1215/2012. Si no hubiera domicilio del demandado en un Estado miembro, podrían ser competentes los tribunales del Estado al que se someten tácitamente en virtud del art. 26 de dicho instrumento. Pero como una de las partes –si seguimos con el ejemplo planteado- está domiciliada en Toulouse, entonces podrían ser competentes por el foro de domicilio del demandado los tribunales franceses. De manera que podría acudir al foro especial del lugar de entrega de las aeronaves que suele realizarse en las oficinas del fabricante que también están en Toulouse. Así que serían competentes los tribunales franceses por el foro del domicilio del demandado y no los de Toulouse por el foro especial.

**216.** En este grupo de contratos, la ley aplicable se establece en cada uno de estos contratos, para que coincida con el tribunal competente, ya que se eligen leyes de Estados Unidos. Ahora bien si conociese un tribunal de la Unión Europea, de acuerdo con el Reglamento Roma I éste determinará la validez de la elección de ley. Si las leyes elegidas no fuesen válidas, habría que acudir al siguiente punto de conexión del Reglamento Roma I que recoge los ocho contratos y determinar en qué tipo de contrato encajaría cada uno de ellos, para conocer la ley aplicable. Se debe mencionar que el Reglamento Roma I no regula el contrato constitutivo de *trust*, siendo esta una figura de origen anglosajón.

Al tratarse de grupos de contratos y si no se hubiese elegido la ley aplicable a cada uno de estos contratos, el Reglamento Roma I contempla la posibilidad de acudir a cláusula de excepción del art. 4.3 del Reglamento Roma I, de manera que la ley aplicable al contrato principal, sería aplicable al resto de contratos. En el grupo de contratos mencionados habría que determinar el contrato principal, de manera que si es el acuerdo marco de compraventa, la ley de la administración central del vendedor, Airbus, es decir la ley francesa sería aplicable al grupo de contratos; pero siempre que no hubiese pacto de elección de ley. Aunque en la práctica como se explica en el trabajo, es bastante difícil por no decir imposible que se aplique esta cláusula de escape, por todas las condiciones que tienen que cumplirse para su aplicación.

**217.** En cuanto a los contratos de arrendamiento operativo, ya se traten de *dry lease* o de *wet lease*, son los menos complejos de los contratos analizados, porque se trataría de un contrato de prestación de servicios o bien entre la sociedad de *leasing* y la aerolínea o entre dos aerolíneas. En el primer caso, la aerolínea sería la parte débil en el contrato, como sucede con los contratos de compraventa de aeronaves nuevas en el que una de las partes es el fabricante.

De la misma manera, se analizan los foros ya mencionados de competencia judicial internacional de acuerdo con el Reglamento 1215/2012, en caso de un litigio derivado de dichos contratos. En los mismos podría ser más habitual que no existan pactos de elección de tribunal. Pero si una de las partes en el contrato es la sociedad de *leasing*, ésta fija el tribunal competente que le interese. Mientras que si es un contrato entre aerolíneas, estarían más igualadas y sería más habitual que el pacto de elección de tribunal convenga a las dos aerolíneas, al no existir una parte fuerte y otra débil en el contrato.

**218.** Por lo que respecta a la ley aplicable, si el que conoce es un tribunal de un Estado miembro, éste aplicaría de nuevo el Reglamento Roma I, de manera que en caso de existir un pacto de elección de ley, la ley aplicable sería la de la administración central del prestador del servicio, que será o bien la de la sociedad de *leasing* o la de la aerolínea arrendadora.

**219.** Se debe concluir que bajo el concepto genérico de *leasing* tienen cabida tipos de contratos muy distintos, que lleva a soluciones muy distintas en caso de que surja un litigio derivado de los mismos. Esto que se puede afirmar para las operaciones de *leasing* sobre cualquier bien, se amplifica cuando el objeto del contrato de *leasing* es la aeronave.

El hecho de que no existan sentencias sobre litigios entre fabricantes y aerolíneas, si se tiene en cuenta el volumen de transacciones de este tipo que se llevan a cabo, es un claro indicio de que probablemente recurran al arbitraje u otro tipo de acuerdos en los que el fabricante compensa a la aerolínea por los retrasos en la entrega de las aeronaves, por ejemplo, mediante descuentos en las adquisiciones.