

2005

# Régimen jurídico del "Sale and lease back"

Carlos Molina Sandoval

Título: Régimen jurídico del "Sale and lease back"

Autor: Molina Sandoval, Carlos A.

Publicado en: LA LEY 2005-A, 1436

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. - II. Noción. - III. Denominación. - IV. Elementos del contrato. - V. Validez. - VI. Conexidad contractual. - VII. Obligación de entrega, evicción y vicios ocultos. - VIII. Responsabilidad por daños al consumidor. - IX. Forma. - X. Financiación de la compraventa y "leasing". - XI. Comparación del "lease back" con otras formas de garantía. - XII. El fideicomiso y el "lease-back". - XIII. "Lease back" de acciones de la sociedad anónima.

---

Las modernas tendencias del derecho comercial, y particularmente del derecho bancario y financiero, encuentran una ingente preocupación por las garantías del cumplimiento de las obligaciones (1). Actualmente, y fruto del ingente interés que suscita, se ha desbrozado un área denominada "derecho de las garantías"(2), que procura profundizar los mecanismos jurídicos que canalizan el aseguramiento de los créditos (3) o refuerzan la posición del acreedor a través de un incremento de sus facultades legales (4); dicho de otro modo, tienden a la minimización de los riesgos (5). Esta función tiene mayor importancia en el ámbito de los contratos de empresas o de las entidades financieras, en las que continuamente se toman decisiones que engendran riesgos económicos (6) y ha asumido variadas "formas"(7).

El sistema judicial, y particularmente los clásicos esquemas de aseguramiento de los créditos (hipoteca (8), prenda (9), etc.), se vislumbran como pesados mecanismos no aptos para una adecuada tutela de las garantías, incluso en una tendencia global (10); se muestran como esquemas ineficientes a las actuales exigencias de los mercados financieros.

Esta circunstancia ha preocupado seriamente a los operadores jurídicos y bancarios (11) quienes constantemente han procurado ve-hículos eficientes para fortalecer las garantías. Esta preocupación se debe a que un adecuado esquema de garantías y protección del cumplimiento de los compromisos asumidos evita, sin dudas, los altos costos de transacción que generan los sistemas ineficientes y, a la postre, posibilita que los mercados puedan ofrecer tasas más adecuadas.

Esta tendencia signó fuertemente los años ochenta; y continúa en constante estado de ebullición y reelaboración, incluso de manera pendular (12). Así, comenzaron a aparecer nuevas figuras tales como las garantías abstractas (13) o a primera demanda (14) (también llamadas independientes) (15), el fideicomiso de garantía (16), factoring (17), las garantías autoliquidables (18), escrow (19), u otras formas contractuales de financiación bancaria (20) o que procuraban garantizar ciertos aspectos de la operación económica (v.gr., contrato de layaway) (21).

Pues bien, el sale and lease-back (o retroleasing) se postula como una forma de "garantía autoliquidable", en la que el bien dado en leasing constituye la principal

garantía para el cumplimiento de la obligación dineraria asumida. Integra esta genérica categoría ("autoliquidables"), ya que el dador (acreedor) mantiene la titularidad registral del activo, pues sólo confiere su tenencia al tomador (deudor) mientras transcurre la etapa de cumplimiento de la obligación asumida por éste, con la obligación de liberar dicho dominio contra el total cumplimiento (id est, opción de compra con pago del saldo de precio).

En caso de incumplimiento, no debe subastar el bien (pues ya es de su propiedad), sino que sólo solicita su secuestro (inmueble o mueble -arts. 20 y 21, ley 25.248-) (Adla, LX-C, 2815) (\*) y procede "privadamente" y sin ningún esquema o mecanismo especial a su venta (si así lo desea) o directamente permanece en propiedad del activo por el bien que considere conveniente. Y, en la hipótesis falencial, ni siquiera debe someterse al inconveniente régimen general de los contratos (22).

## II. Noción

### II. 1. Aspectos jurídicos

El lease-back constituye una variante, aunque muy especial, del leasing financiero, dado que quien vende el bien es el propio tomador, el que coetáneamente o después lo recibe para usarlo en virtud de un leasing, evitando que la empresa con necesidades de financiamiento quede desestructurada (23).

Esta figura, que todavía -todavía- no tiene mayor difusión en la República Argentina, aun cuando no era desconocida (24) y tampoco pudo lograrla con la sanción de la ley 24.441 (Adla, LV-A, 296) (\*\*) (que reguló expresamente el leasing), pues se vislumbraban algunas dudas en cuanto a su validez.

Hoy no existen dudas de su validez, ya que esta modalidad aparece contenida en el art. 5, inc. e, ley 25.48, en cuanto señala que el objeto del contrato "puede" ser adquirido por el dador al tomador por el mismo contrato o haberlo adquirido antes. Aun más, el art. 6, párr. 3º, ley 25.248, regula el tema de la evicción y vicios redhibitorios en el lease back.

En concreto, se lo ha definido jurídicamente como un contrato por el cual el empresario vende un bien mueble o inmueble de su propiedad al dador de leasing, que paga el precio correspondiente y simultáneamente cede el uso y goce del bien adquirido al vendedor, quien se obliga a pagar cánones periódicos por un cierto término, con la facultad de readquirir la propiedad del bien al vencimiento mediante el pago de un precio establecido (25). Vale decir, que no hay una relación trilateral (26), sino sólo bilateral entre el dador (comprador) y tomador (vendedor).

### II. 2. Noción económica y financiera

En términos económicos constituye la transmisión onerosa de un determinado activo con la reserva de una locación con opción de compra (leasing). Por ello, ante la necesidad de fondos del tomador del leasing (titular del activo), éste lo enajena al dador (que sale del patrimonio del tomador e ingresa en el del dador), transformándose -contra entrega de una suma de dinero- en una mera posibilidad de utilizar el bien con los alcances de una locación (art. 26, ley 25.248).

Así, ha señalado Paolantonio que se trata de una monetarización de activos no dinerarios que utiliza la transmisión de la propiedad como un mecanismo de garantía del acreedor financiero, cuya validez no puede negarse apriorísticamente mediante una aprehensión formalista de algunas disposiciones del Cód. Civ. (27).

Pese a que la ley de leasing ha admitido expresamente la posibilidad del sale and lease back, dicha permisión no ha ido acompañada de un adecuado tratamiento jurídico, lo que genera ciertas dificultades a la hora de resolver ciertas cuestiones complejas. Por ello, deberá aplicarse primeramente el esquema general de la ley 25.248, sin perder la noción de contexto, las pautas económicas y las particularidades de esta sub-especie de leasing.

### III. Denominación

La ley 25.248 no ha denominado expresamente a esta modalidad, sino que el art. 5, inc. e, ha autorizado la operación con la simple descripción de su modalidad. Podría decirse, entonces, que se trata de una modalidad contractual innominada, aunque no atípica (28), pues ha sido regulada expresa (aunque insuficientemente) por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y aunque la denominación que más se ha generalizado es la sajona sale and lease back (venta y adquisición nuevamente en leasing) o simplemente lease back (retomar en leasing), también se han castellanizado expresiones tales como leasing de retorno, leasing de retro o, incluso retro leasing o retroarriendo.

Quizás la forma más adecuada es "venta y retro leasing", ya que no sólo se adecua a un lenguaje castizo, sino que permite conocer anticipadamente algunas de las características del instituto. Pero, debido a que todos los que han tratado el tema, han utilizado el nomen iuris inglés, parece prudente respetar su utilización uniforme, siempre con un sólido deseo de que la tendencia a respetar ciertos parámetros elementales de nuestro lenguaje.

### IV. Elementos del contrato

Los elementos del contrato son similares a los de todo contrato de leasing (29) y por ello responden a toda la teoría de las obligaciones y los contratos (30).

En efecto, las partes son dos, el dador y el tomador y sus posiciones contractuales se rigen por las pautas generales del contrato de leasing. Adicionalmente, y en lo que refiere a la primera etapa contractual ("sale", compraventa) el dador es quien compra el bien al tomador (vendedor) que retiene su tenencia.

Se ha dicho que el lease back se distingue del leasing, ya que este último es trilateral (pues intervienen el proveedor, el dador y el tomador) y en el lease back sólo intervienen dos sujetos (el dador y tomador) (31). Pero ello no es necesariamente así, pues es común que en el leasing operativo también intervengan dos sujetos (el dador que es a la vez productor y el tomador).

El bien objeto (32) del leasing no tiene mayores diferencias en ambas modalidades, ya que el lease back puede recaer sobre los mismos bienes que todo contrato de leasing (art. 2, ley 25.248) y los contratos.

Quizás la causa contractual tenga algunas variantes, ya que en el lease back tiene importancia no sólo su aspecto de financiación, sino también el elemento de la garantía. La razón de ser de esta modalidad es la mantención de la tenencia del bien por parte del tomador y la posibilidad de recuperar inmediatamente el bien objeto del contrato.

## V. Validez

Los debates en torno a la validez o licitud del sale and lease back deben realizarse desde un doble enfoque: de lege lata y de lege ferenda.

### V. 1. Estado normativo actual: su validez constitucional

De lege lata, parece difícil cuestionar la validez del retro-leasing, habida cuenta de que el art. 5, inc. e, ley 25.248, contempla expresamente esta forma de leasing y el art. 6, 3° párr., ley 25.248, regula el tema de la evicción y vicios redhibitorios. Sin embargo, ello no impide a que algunos autores puedan cuestionar la constitucionalidad del precepto.

Aun teniendo en cuenta que la constitucionalidad de un precepto sólo puede determinarse en el caso concreto, cabe señalar que no existen razones constitucionales para prohibir o declarar ilícita esta modalidad de leasing. No se advierte como esta forma comercial puede constituirse en inconstitucional por su sola configuración jurídica, ya que el tomador (vendedor) del leasing debe recibir del dador (comprador) -como contraprestación de la venta- una suma de dinero o de otros activos que le son necesarios y tendrá posibilidad de utilizar dicho bien y recomprarlo mediante una opción de compra.

Por el contrario, el tomador tiene una ventaja fundamental en el lease back, ya que no sólo puede utilizar el activo, sino que debe inscribirlo en el registro pertinente evitando, de este modo, que el dador realice actos con terceros de buena fe y que puedan perjudicar sus derechos.

Aun más: no puede señalarse que la prohibición de apropiarse directamente de la cosa tenga raigambre constitucional, sino que se trata de esquemas y dispositivos que han integrado clásicamente nuestro ordenamiento privado y que bien pueden ser modificados por leyes posteriores. Tampoco hay un quebrantamiento del derecho de defensa (art. 18, Constitución Nacional), ya que el leasing generalmente requiere un emplazamiento previo y la necesidad de un secuestro judicial (arts. 20 y 21, ley 25.548). Las garantías autoliquidables, que comulgan con la estructura jurídica de esta figura, no han sido aún tachada de inconstitucionalidad.

Al contrario, esta figura tiende a garantizar, en cierto modo, la eficiencia económica (también tutelada por la Constitución Nacional), ya que evita los elevados costos de transacción que la subasta pública y la típica ejecución judicial acarrea; costos que, naturalmente, serán soportados por el deudor de la prestación dineraria.

### V. 2. Negocio simulado

Sin embargo, de lege lata, se ha afirmado que cuando en el caso concreto el lease back fuere un negocio simulado celebrado para ocultar un mutuo con transferencia de propiedad en garantía, el negocio podría ser declarado inválido, pues estaría alcanzado por la prohibición del art. 3222, Cód. Civ., y la aplicación que la doctrina ha hecho del mismo(33), cuyos límites no están actualmente precisos (34). Incluso se ha señalado que el art. 1380, Cód. Civ., prohíbe el pacto de retroventa en las cosas muebles (35).

Compartimos dicha opinión, aun cuando también dicha posibilidad podría estar inmerso además de la simulación en la figura genérica del fraude a la ley; esto es, con la finalidad de eludir la prohibición del art. 3222, Cód. Civil.

Pese a lo dicho, no toda operación de lease back lleva implícita una presunción de simulación. Al contrario, la figura no sólo es válida, sino que tampoco tiene necesariamente una carga valorativa negativa. Deberá "acreditarse" que se simuló una situación jurídica que no condice con la realidad (36).

Además, el sale and lease back puede haber sido pergeñado para desarrollar un negocio de refinanciación de una deuda existente. Por ello, y pese a que en este negocio no se produce una monetización de activos, el lease back es perfectamente válido si mediante este mecanismo se estructura un nuevo plan de vencimientos, esta vez reforzando la garantía. Ello sin perjuicio de la eventual ineficacia en caso de quiebra futura, siempre que se acrediten los respectivos requisitos (art. 118 y ss., LCQ) (37).

Pero, como bien ha señalado un importante precedente italiano (38), existen ciertos indicadores fundamentales. De los señalados por dicho fallo, parecen sumamente importantes (y hasta presuncionales) sólo algunos, tales como ausencia de interés del tomador en la utilización del bien, cláusulas que dejen el bien en disposición material del dador, dificultades económicas que demuestren un aprovechamiento de las condiciones económicas del dador, etc. Pero estos indicadores sólo tendrán una fuerza presuncional, debiendo en cada caso concreto valorarse cada indicio en particular y la eficacia probatoria que la suma de ellos puede acarrear en la solución final.

### V. 3. Texto legal derogado

Bajo la vigencia de la ley anterior (ley 24.441) la cuestión no era tan clara, pues el plexo normativo nada señalaba al respecto y muchos autores señalaron que se quebrantaba la prohibición del pacto comisorio y apropiación directa de la cosa por parte del acreedor.

Así Highton señalaba que en el lease back se advierte generalmente una función de garantía en la transmisión del dominio de las cosas muebles o inmuebles que luego serán objeto del contrato de leasing (locación) entre las mismas partes, y quien efectúa un préstamo, asegurándose la propiedad de la cosa, ve cubierto el riesgo por parte del tomador del crédito, sin necesidad de ejecutar los bienes de su deudor. Añade que se violan, consecuentemente, todos los principios de los derechos de garantía, en un régimen como el nuestro, que impide pactos comisorios y la apropiación directa de la cosa por parte del acreedor (39).

Pese a ello, existían muchos autores que admitían la figura aun antes del presente régimen, señalando que como la ley no lo había prohibido expresamente no podía considerarse ilícita a esta modalidad de leasing.

#### V. 4. De lege ferenda

En este sentido, y reconociendo que es susceptible de discusión la cuestión vinculada a la política legislativa seguida (pero no la "validez" de la figura), se ha señalado que el sale and lease back es una operación jurídica procedente de países cuya tradición jurídica difiere de la nuestra, y donde la transferencia de la propiedad en garantía es admitida ampliamente pues los derechos de garantías no son vistos como un *ius in re aliena*, al contrario, en el sistema del common law es normal que el acreedor hipotecario pase a ser titular del bien, pudiendo detentar o no la posesión, pero su dominio está sujeto a la condición resolutoria del cumplimiento del deudor en los plazos establecidos. Esta diferencia sustancial hace que la operación de lease back, en regímenes jurídicos pertenecientes a la familia del derecho continental, sea un contrato cuya licitud es puesta en tela de juicio debido a que la figura implica una transferencia de propiedad con fines de garantía. La ilicitud de tales operaciones se vincula, en esos ordenamientos, a la prohibición del pacto comisorio en contratos constitutivos de derechos reales de garantía. En nuestro sistema, la sanción aparece en el art. 3222, Cód. Civ., para la prenda y por extensión la doctrina la aplica a la hipoteca (40).

Este debate, aunque de lege lata, se mantiene en Italia, con referencia al art. 744, Cod. Civil it., que también prohíbe el pacto comisorio e incluso ha sido receptado por numerosos precedentes italianos, tales como el Tribunale di Milano (sentencia del 19/6/1986), di Verona (sentencia del 15/12/1988) y di Vicenza (sentencia del 12/7/1988) (41).

Igualmente se ha señalado que no se consideran convincentes los argumentos que niegan la validez del lease back por violación del pacto comisorio, pues en este contrato, a diferencia de lo que sucede con el pacto comisorio, no hay un crédito preexistente para garantizar entre la empresa vendedora-usuaria y la compradora-concedente. Es más, la compraventa que precede al lease back no es un contrato accesorio, con fines de garantía; es un presupuesto necesario para que el bien pueda ser concedido en leasing. Se puede decir, pues, que la citada compraventa no viene celebrada con fines de garantía, sino con fines de leasing (42).

Además, en el lease back -se expresa- la compraventa es pura y simple, es decir no está supeditada a condición alguna; el mismo pacto de opción, que permite a la usuaria readquirir la propiedad del bien vendido, es una cláusula propia del contrato de leasing, no de la compraventa en garantía con pacto de retroventa. A lo dicho agrega que la adquisición de la propiedad del bien por parte de la empresa de leasing, en un contrato de lease back, representa simplemente un momento de su usual actividad empresarial; de igual modo, la concesión de leasing de un bien, aunque sea adquirido a la misma usuaria, se inserta sin más en el normal ejercicio comercial de una empresa de leasing, esto es, financiar el uso y, a su turno, la adquisición de bienes en leasing. Por ello, cree que con el lease back no se trata de perseguir finalidades ilícitas a través de operaciones anómalas o indirectas, sino que estamos ante un típico contrato de empresa, pensado para satisfacer rápida y eficientemente una necesidad de liquidez temporal de las empresas (43).

## V. 5. Nuestra posición sobre la actual norma

Atento que ya no existen dudas sobre la validez del lease back en nuestro sistema jurídico, la cuestión se mantiene en el terreno de la política legislativa: esto es, si es conveniente su regulación actual o es menester depurar la figura.

Pensamos que el lease back es una figura que suple algunas falencias de nuestro actual sistema de garantías. Es una alternativa más de financiamiento y garantía que no puede considerarse per se como ilícita o antijurídica. Al contrario, suple ciertas necesidades de financiamiento que las otras garantías típicas no otorgan. Por ello, no puede presumirse -al menos no puede hacerlo el operador jurídico- que la operación de lease back siempre se utilizara en forma inadecuada. Los actos jurídicos, y la conducta humana en general, se presumen lícitos; y también la buena fe de quienes los realizan.

Sin embargo, la actual regulación jurídica se muestra harto insuficiente para contemplar los verdaderos alcances de la figura. No parece lógico que el lease back tenga idéntico tratamiento que los otros sub-tipos de leasing. De hecho tampoco es coherente que nuestra actual ley 25.248 no haya distinguido entre el leasing operativo y el financiero o que haya dado un incompleto tratamiento al leasing sobre software, patentes y otros intangibles. Incluso en leasing de consumo, las distinciones no viene del leasing, sino de la ley 24.240 de defensa del consumidor.

Por ello, sería prudente que el legislador incorporar algunos preceptos tendientes a darle una cierta coherencia interna a la figura. Deberá determinarse en forma concreta su funcionamiento, el tipo de operaciones y sobre que bienes puede realizarse el lease back, como funcionan las diversas contingencias contractuales, como funciona en el concurso preventivo y en la quiebra, etc.

## VI. Conexidad contractual

Pese a que el estado actual de la legislación aun no ha regulado la doctrina de la conexidad contractual (44), no existen inconvenientes para que el lease back sea concebido o analizado bajo este prisma.

Esta teoría, incipiente aun en doctrina, tiende a dar una respuesta adecuada al fenómeno de la contratación grupal, de contratos que, entrelazados en un conjunto jurídico-económico, persiguen lo que se ha llamado una "misma prestación esencial", un "todo" contractual para un mismo y único negocio (45). Se relaciona con una pluralidad de contratos celebrados -simultánea o sucesivamente- y que sin perjuicio de su autonomía como tales "se encuentran estrechamente vinculados"(46) o "interconectados entre sí"(47).

Hace alusión a uniones de contratos en las que los objetivos se alcanzan no ya mediante un contrato, sino mediante varios utilizados estratégicamente en función de un negocio o en redes que forman sistemas, lo cual propone la necesidad de un concepto de "finalidad económica supracontractual"(48), cuyo principio vector está constituido por la preservación de la unidad del complejo negocial (49).



La conexidad (vinculación, relación o coligación) implica un compartir los efectos, positivos y negativos, y apunta a "negocios de mayor complejidad, posibilitados por una serie de contratos relacionados entre sí"(50). La "descomposición formal"(51) de la operación realizada no excluye las íntimas relaciones entre los contratos.

Sin perjuicio de ello, la dificultad inicial es la de fijar el criterio que permite establecer cuándo se está en presencia de un único negocio (atípico, mixto o con pluralidad de prestaciones) o bien de dos o más (52).

En este sentido, se ha dicho que es el "negocio" -único y complejo- el que requiere la pluralidad contractual. Los contratos están, en consecuencia, unidos en un sistema. "Hay una causa-fin o finalidad económico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y constituye la razón de ser de su unión o ligamento"(53).

Este pequeño desarrollo del tema sirve para demostrar que pese a que el lease back está compuesto fundamentalmente de dos negocios jurídicos distintos (compraventa y leasing), en cualquiera de sus dos alternativas formales (esto es, que se realice en el mismo instrumento jurídico o que la compraventa se realice con anterioridad, conforme indica el art. 5, inc. e, ley 25.248), debe entenderse bajo una noción de conexión supraindividual. Independientemente de las finalidades subjetivas que cada sujeto procura con el negocio, la finalidad objetiva (única y permanente) del contrato es la financiación y la garantía para el cumplimiento del contrato. La comprensión del contrato no puede olvidarse de este importante aspecto.

Por ello, pese a su composición formal, sustancialmente el negocio es único y por ello la compraventa y el leasing se encuentran estrechamente interconectados. Las vicisitudes contractuales de alguno de los contratos (nulidad, resolución, etc.) influyen -o pueden hacerlo- directamente en el otro y por ello la interpretación contractual que se realice de aquellos no puede realizarse de manera aislada y como si el otro contrato no existiera.

Sólo conociendo de antemano esta situación o visión de contexto, podrán lograrse soluciones justas y coherentes con la real intención de las partes al momento de celebrar el contrato de retro-leasing.

## VII. Obligación de entrega, evicción y vicios ocultos

### VII. 1. El esquema legal

El art. 6, señala que en los casos del art. 5, incisos a (cuando el bien se compra por el dador a persona indicada por el tomador), b (fuere comprado por el dador según especificaciones del tomador o según catálogos, folletos o descripciones identificadas por el tomador) y c (por sustitución del tomador por el dado en un contrato previamente celebrado), el dador cumple el contrato adquiriendo los bienes indicados por el tomador. El tomador puede reclamar del vendedor, sin necesidad de cesión, todos los derechos que emergen del contrato de compraventa. El dador puede liberarse convencionalmente de las responsabilidades de entrega y de las garantías de evicción y vicios redhibitorios.

Además, en su tercer párrafo, señala que en caso de lease back, el dador no responde por la obligación de entrega ni por la garantía de evicción y vicios redhibitorios, salvo pacto en contrario.

El precepto no sólo es lógico, sino que también es adecuado, ya que teniendo en cuenta la estructura comercial del lease back, el dador no provee el bien directamente, sino mediante la adquisición del mismo tomador. Luego, si el tomador es quien le ha enajenado el bien, parece poco coherente que la ley lo habilite para el reclamo de la entrega, vicios o evicción, ya que el mismo debió saber de dicha situación.

Incluso, la acción de repetición que el dador tendría sería, justamente, sobre el mismo tomador. Por ello, la ley ha preferido cerrar directamente dichas posibilidades de acción al tomador.

Pensamos que aun cuando la ley nada hubiese previsto al respecto, igualmente el precepto tendría aplicación en virtud de las disposiciones especiales de evicción y vicios redhibitorios y generales del ordenamiento jurídico darían una solución similar. Ello así, a fortiori cuando el dador fuera de buena fe.

## VII. 2. Cuestiones especiales

Pese a lo establecido expresamente por la ley, no todas las situaciones merecen la misma respuesta. En este sentido cabe señalar:

i) el dador tendrá obligación de entregar el bien, si la compra del bien dado en leasing se hubiere realizado previamente y el tomador hubiere entregado su posesión al dador. Por ello, si no cumple con la obligación de entrega, debe responder por los daños ocasionados;

ii) también el dador estará obligado a garantizar de evicción y de vicios redhibitorios si dichas causales hubieren ocurrido desde la enajenación del bien hasta la readquisición por el tomador;

iii) debe recordarse que es nula toda convención que libere al enajenante de responder de evicción (y aplicable por analogía a los vicios redhibitorios), siempre que hubiere mala fe de parte suya (art. 2089, Cód. Civ.). Por ello, si se hubiere pactado que el dador (comprador) responderá por evicción o vicios redhibitorios esta cláusula estará viciada de nulidad si el tomador (vendedor) conocía el vicio;

iv) al contrario de lo que parece, y pese a no estar previsto en la ley de leasing, no sólo el dador no responde por la garantía de evicción o vicios redhibitorios, sino que el dador tendrá la acción judicial pertinente por estos conceptos en contra del tomador. Recuérdese que el dador compró un activo (adelantando fondos líquidos al tomador) a los fines de darlo en leasing y que los vicios que pudiese tener (evicción, vicios ocultos, etc.) lo afectan directamente;

v) según las circunstancias del caso y de acuerdo a lo pactado por las partes, la responsabilidad por evicción o vicios ocultos en la compraventa, podrían dar derecho a resolver (art. 1204, Cód. Civ.) el contrato de leasing, ya que económicamente entendida la causa comercial es una sola: la financiación con garantía en un determinado activo, lo que puede hacerla inapta para su destino;

vi) es posible prever cláusula en contrario. Sin embargo, la exclusión o renuncia "de cualquier responsabilidad" no exime de la responsabilidad de evicción y tendrá derecho a repetir lo que pagó al enajenante, aunque no los daños e intereses (art. 2100, Cód. Civ.). La renuncia debe ser expresa (art. 2101, incs. 1 y 2, Cód. Civ.), o cuando si cuando se produjo la adquisición el adquirente sabía o debía saber el peligro de que sucediese la evicción (art. 2101, inc. 3, Cód. Civ.).

## VIII. Responsabilidad por daños al consumidor

Si el bien dado en leasing (que el dador justamente adquirió del tomador y otorgó en leasing) causa daño al tomador por un defecto de funcionamiento o por otra causal, deberá determinarse en el caso concreto si dicho desperfecto o vicio puede resultar efectivamente imputable al dador.

Si el dador no resulta culpable, sino que el defecto de funcionamiento era conocido por el tomador, parece razonable entender que el dador no responde por dichos daños. En cada caso concreto deberá determinarse a quien resulta imputable el vicio o defecto.

Pero, aun cuando no lo conociera y sin perjuicio de cada situación en particular, parece difícil concebir que el dador deba responder por los vicios de funcionamiento de un bien que el compró e inmediatamente entregó para su uso al dador.

Distinta será la cuestión con relación a los terceros consumidores. Si se ocasiona un daño a ellos con la utilización del bien dado en leasing, responden -en forma indeclinable- las dos partes contractuales (dador y tomador de leasing). Ahora bien, la imputabilidad a que hicimos referencia sólo tendrá eventual aplicación con las acciones de repetición que puedan suscitarse en cada caso concreto.

## IX. Forma

### IX. 1. Generalidades

La ley no establece ninguna formalidad para el sale and lease back, que no sean las naturales de todo contrato de leasing. Por ello, deberán instrumentarse en escritura pública el leasing que tenga por objeto inmuebles, buques o aeronaves; podrá ser en instrumento privado en los restantes (art. 8, 1º párr., ley 25.248).

Pero, paralelamente el contrato de compraventa conexo al leasing también deberá realizarse con las formas que el Cód. Civ. establece.

### IX. 2. Incumplimiento de las formas en la compraventa

Se plantea el difícil supuesto de la posibilidad de lease back cuando no se han cumplido las formas del contrato de compraventa anterior. En términos simples: un mero boleto de compraventa del inmueble y una escritura de leasing.

Una primera (y provisoria) respuesta nos indica que no puede darse en leasing si no se cumplen las formas previstas para tener la propiedad del bien dado en leasing. Ello así, pues para poder ejercer la opción de compra, el dador debe estar en plenas condiciones de transmitir la propiedad del activo dado en leasing. Además, en materia de bienes

registrables, parece poco probable que el registrador inscriba un contrato de leasing conferido por un dador que no es el titular registral del bien.

De todas formas, cabe señalar que atento que el derecho de los contratos permite prevenir o pactar ciertas posibilidades, podría darse el supuesto de que el dador de leasing no haya cumplido con dichas formalidades e igualmente otorgue un leasing sobre el bien.

En fin, la interpretación de las formas en el lease back se interpreta bajo dos prismas ópticos: la compraventa deberá respetar sus formas y el leasing las suyas, aunque generalmente pueden coincidir.

### IX. 3. Instrumento único o documentos separados

De otro lado, la ley permite que el contrato de compraventa y el leasing (rectius: lease back) se realicen mediante en un mismo instrumento o por instrumentos separados.

Si se realiza en un mismo instrumento deberán establecerse concretamente los derechos y obligaciones de ambos actos jurídicos e inscribirse el acto en el registro respectivo. Obviamente, que si la registración de ambos actos debiera hacerse en registros diferentes (v.gr., software, patentes, etc.) deberán registrarse no sólo en el Registro de Créditos Prendarios, sino también en las entidades pertinentes.

En caso de celebrarse dos actos separados, deberá tenerse en cuenta que la compraventa necesariamente deberá ser anterior, ya que no puede darse un leasing sobre un bien del que no se es dueño. La realización en actos separados no empece a que la inscripción se realice conjuntamente (tracto abreviado).

La práctica profesional indica que siempre es conveniente realizar los actos conexos en instrumentos jurídicos separados, ya que es frecuente que se requieran ciertos actos complementarios que requieran su escisión o presentación por separado.

## X. Financiación de la compraventa y "leasing"

### X. 1. Posibilidad jurídica

Un tema interesante se suscita en aquellos casos en que el dador no cancela todo del precio de la compraventa del activo que constituye el objeto de leasing sino que sólo eroga una parte (o ninguna) y el resto las cancela en cuotas. Paralelamente el vendedor, toma el bien en leasing mediante la estipulación de cánones periódicos.

La primera respuesta (quizás sólo jurídica) que se plantea es que no existen inconvenientes en que el dador (comprador) celebre un retro leasing, aun cuando no haya erogado la totalidad del precio de la compraventa.

Si es dueño de la cosa (aun cuando no haya cancelado todo el saldo de precio) podrá dar en leasing; como así también podrá alquilar el activo o celebrar otros contratos en los que transfiera el uso.

### X. 2. Leasing circular

Sin embargo, la cuestión reside en aspectos económicos o financieros de la figura, ya que esta modalidad puede engendrar una operación circular, que en algunos supuestos podría perjudicar a terceros de buena fe.

Ello así, pues si esta modalidad contractual tuvo como única finalidad la de sustraer temporalmente del patrimonio del tomador un determinado activo, aprovechando el beneficio de la limitación de la responsabilidad del art. 17, ley 25.48, dicha maniobra será ilícita, pues será en fraude a la ley y al principio de que el patrimonio es garantía común de los acreedores (art. 505, Cód. Civ.).

Un ejemplo de operación simétricamente circular es el siguiente: el vendedor (tomador) transfiere el activo en diez cuotas mensuales de un peso y el comprador (dador) otorga un leasing, también, en diez cuotas mensuales de un peso, ambos con vencimiento similar. Una lectura económica y financiera de este acto jurídico nos indica que económicamente no hay movimiento patrimonial, pues cada cuota que el vendedor paga la recibe inmediatamente como dador del leasing. Se produce una compensación económica entre las cuotas de la compraventa y el canon del leasing.

Financieramente, ni siquiera puede hablarse de un adelanto de fondos, ya que el vendedor (tomador) no recibe fondos líquidos que financiará mediante el leasing. No se produce una transformación de activos líquidos en ilíquidos, sino que simplemente se produce -de modo transitorio- la transferencia de la titularidad dominial (aun cuando el vendedor conserva la posibilidad de utilización).

### X. 3. Otras posibilidades

Dicha misma operación, podría tener algunos elementos que variarían la ecuación económica o financiera del negocio y por ello deberá valorarse especialmente cada caso en concreto. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el comprador (dador) pague el sesenta por ciento del total (v.gr., diez pesos) en efectivo y el resto financiado en cuatro cuotas de un peso cada uno y el tomador (vendedor) tome un leasing por diez cuotas de un peso.

En este caso, el negocio financiero sólo se circunscribirá a seis pesos y la devolución comenzará luego de que venzan las cuatro primeras cuotas de la compraventa y del leasing finalicen (y por ello dejen de compensarse).

Estos simples y elementales ejemplos no agotan todas las posibilidades, sino que muestra cómo el sustrato financiero y de garantía del negocio debe ser tenido especialmente en cuenta a la hora de desarrollar jurídicamente las diversas pautas del contrato de leasing.

Así, este aspecto deberá ser especialmente estudiado por los analistas financieros para determinar cuál será el desembolso financiero efectivamente llevado a cabo. En fin, puede suceder que las cuotas que el comprador (dador) haya asumido sean significativamente mayores que el canon de leasing que el tomador (vendedor) deberá pagar. O, incluso, podrían advertirse múltiples posibilidades mixtas.

### X. 4. Interpretación

Admitido entonces que en algunos casos puede existir una doble financiación (de la compra-venta y del leasing), toda interpretación que se realice del negocio jurídico deberá respetar la conexidad contractual a la que hemos hecho alusión. En efecto, si alguno de ambos contratos sufre alguna contingencia (v.gr., nulidad, resolución por incumplimiento, etc.), dichos efectos deberán valorarse con una noción de contexto y no de manera individual.

Así, por ejemplo, parece razonable entender que la nulidad de la compraventa (o del leasing) debe afectar necesariamente a ambos negocios jurídicos, pues el sale and lease back sólo se concibe como un contrato complejo que tiene en cuenta la validez necesaria de la compraventa.

De otro lado, si el comprador (dador) incumple en el pago de las cuotas, parece poco razonable que -paralelamente- puede reclamar el pago de los cánones locativos impagos. Es claro que el tomador (vendedor) tendrá el derecho a excepcionarse sea mediante *exceptio non adimpleti contractus* (valorada en un sentido integral) o, al menos, por mala fe o enriquecimiento sin causa. Deberá valorarse cuidadosamente esta situación, siempre teniendo en cuenta que no parece coherente ni justo que el tomador pueda beneficiarse con su propio incumplimiento.

## XI. Comparación del "lease back" con otras formas de garantía

### XI. 1. Importancia

La verdadera utilidad de una figura o, mejor, sus ventajas con respecto a otras, sólo se puede conocer efectuando un análisis comparativo con otros institutos que tengan una finalidad económica similar.

Naturalmente, el lease back y las otras variantes de leasing se relacionan directamente con la prenda y la hipoteca, que son las formas típicas de garantías reales. Es claro que el leasing no es una garantía real, ya que en este contrato sólo se transfiere la tenencia del activo con la posibilidad del ejercicio de la opción de compra y la cancelación del precio, en que nace la obligación de transferir el dominio.

### XI. 2. Prenda

Con relación a la prenda, la referencia comparativa obligada debe ser al esquema extrajudicial previsto por el art. 39, dec.-ley 15.348/46, texto ordenado según dec. 897/95, de prenda con registro (LPR) (t.o. 1995) (Adla, LV-E, 5996). Básicamente este dispositivo señala que cuando el acreedor sea el Estado, sus repar-ticiones autárquicas, un banco, una entidad financiera autorizada por el Banco Central de la República Argentina o una institución bancaria o financiera de carácter internacional, sin que tales instituciones deban obtener autorización previa alguna ni establecer domicilio en el país, ante la presentación del certificado prendario, el juez ordenará el secuestro de los bienes y su entrega al acreedor, sin que el deudor pueda promover recurso alguno. El acreedor procederá a la venta de los objetos prendados, en la forma prevista por el art. 585, Cód. Com., sin perjuicio de que el deudor pueda ejercitar, en juicio ordinario, los derechos que tenga que reclamar al acreedor. El trámite de la venta extrajudicial preceptuado en

este artículo no se suspenderá por embargo de bienes ni por concurso, incapacidad o muerte del deudor.

Básicamente el sale and lease back tiene varias ventajas sustanciales que surgen a la vista:

i) el "ámbito subjetivo" del leasing es más amplio, ya que no se limita a las personas taxativamente enumeradas por el art. 39, LPR, sino que es sumamente amplio. Todo acreedor (léase, dador) puede celebrar contrato de leasing (y por ello, también un lease back). Esta ventaja permitiría que ciertos sujetos vinculados al sistema financiero, pero que no constituyen entidades financieras u otros entes autorizados para tal fin, puedan utilizar esta eficaz forma de financiamiento. Adicionalmente, esta permisión permite que terceros utilicen formas de financiamiento más seguras, con la reducción consecuente de los costos de transacción y riesgos que importa toda dación de crédito;

ii) la LPR, pese a establecer una forma de remate extrajudicial exige algunos requisitos establecidos en el art. 585, 1° párr., Cód. Com., que señala que en defecto de pago al vencimiento, y cuando no se hubiere pactado un modo especial de enajenación, el acreedor podrá proceder a la venta de las cosas tenidas en prenda, en remate, debidamente anunciado con diez días de anticipación.

En leasing (y por ello, también en su variante lease back) dichas previsiones no son necesarias. No es necesario que se pacte la forma de ejecución, ya que el dador del activo dado en leasing sólo recupera la tenencia de algo que le pertenece desde antes del leasing.

Por ello, el dador (acreedor) no debe fijar pautas para la venta del bien. Puede hacerlo de la manera que sea conveniente a sus intereses o, bien, si así lo desea puede no enajenar dicho bien. Si nada se hubiera pactado, tampoco es necesaria la venta en remate y menos aun la obligación de anunciarla con diez días de anticipación. El dador puede quedarse con el bien, que -en puridad conceptual- es suyo; a fortiori, podrá darle el destino que considere adecuado (v.gr., donarlo).

iii) mayoritariamente se ha entendido que en la ejecución privada de la prenda, una vez realizada la subasta de la cosa afectada al gravamen prendario, corresponderá al acreedor ejecutante practicar la correspondiente liquidación al deudor y rindiendo cuentas, entendiéndose que deberá realizarse ante el juez que tramitó la acción de secuestro (54).

Ello no ocurre con lease back, ya que el acreedor (dador) es el titular del bien y lo único que procura es la restitución del bien y no su ejecución. Por ello, el dador una vez secuestrado el bien dado en leasing, no tiene obligación de rendir cuentas. Además, pues la venta privada del bien puede no haber ocurrido ni ocurrir nunca.

iv) tratándose de un bien mueble, el acreedor (dador del lease back) tiene derecho a obtener el secuestro inmediato del bien, demostrando simplemente haber interpelado por cinco días para la regularización. El trámite termina con la puesta en posesión del bien dado en leasing. No es menester trámite posterior. Teniendo en cuenta las ventajas comparativas del leasing, el escueto plazo de cinco días para la ejecución extrajudicial no puede interpretarse como una desventaja del contrato de leasing.

v) el art. 21, 3° párr., ley 25.248, para evitar equívocos directamente estableció dos disposiciones de corte procesal que no están en la LPR, que son que el juicio ejecutivo también puede iniciarse en contra de los garantes o fiadores del tomador y que el domicilio constituido será el fijado en el contrato.

vi) la inscripción del contrato de leasing tratándose de cosas muebles se mantiene por diez años, pudiendo renovarse antes de su vencimiento, por rogatoria del dador u orden judicial (art. 8, in fine, ley 25.248). Por el contrario, el art. 23, LPR, establece que el privilegio del acreedor prendario se conserva no más allá de cinco años contados desde que la prenda se ha inscripto (vale decir, la inscripción de la prenda caduca a los cinco años, pudiendo reinscribirse por igual término a pedido del interesado).

Vale decir, la vigencia de la inscripción del contrato de leasing es el doble de la prevista para la prenda con registro. Debido a que la prenda se constituye justamente para garantizar ciertas formas de financiamiento (fundamentalmente el mutuo), es frecuente que la inscripción de la prenda al momento de la ejecución se encuentre vencida. Dichos riesgos disminuyen con la gran extensión temporal que se le da al leasing.

vii) en caso de quiebra del deudor que ha constituido prenda con registro, el acreedor no podrá continuar con el contrato de mutuo y deberá necesariamente considerarlo resuelto (art. 128, LCQ) e iniciar un concurso especial (arts. 126 y 209, LCQ) o esperar a la distribución final (art. 218, LCQ). Además, según alguna posición doctrinaria, el acreedor con derecho a rematar extrajudicialmente tendría derecho al procedimiento previsto por el art. 23, LCQ. Además, deberá erogar honorarios del funcionario sindical (art. 244, LCQ). En ambos casos, el acreedor prendario deberá, al menos, haber solicitado la verificación de créditos (tempestiva -art. 32, LCQ- o tardía -art. 56, LCQ-).

En la quiebra del tomador del tomador del leasing, dentro de los sesenta días de decretada, el síndico puede optar entre continuar el contrato en las condiciones pactadas o resolverlo. De todas formas, si el síndico decide resolverlo, el dador no tendrá necesidad de verificación, sino que sólo deberá solicitar la restitución del bien dado en leasing (55).

viii) cuando el deudor de una garantía prendaria es declarado en concurso preventivo, el acreedor deberá solicitar la verificación (art. 21, inc. 2, LCQ) y continuar la ejecución prendaria ante el juez que corresponda o acceder al procedimiento previsto en el art. 23, LCQ.

En el caso del leasing no sólo se permite la continuación del contrato, sino que en caso de que se resuelva, el contrato se considera resuelto de pleno derecho, debiéndose restituir inmediatamente el bien al dador, por el juez del concurso o de la quiebra, a simple petición del dador, con la sola exhibición del contrato inscripto y sin necesidad de trámite o verificación previa.

ix) en la LPR se admite que el beneficio de la inembargabilidad establecida por leyes nacionales o provinciales mantenga su vigencia, aunque se trata de embargos despachados en juicios de ejecución prendaria (salvo cuando la prenda garantice al acreedor el cobro del precio de venta de las cosas afectadas a dicha prenda -art. 40, LPR-); ello, sin embargo, no ocurre en el leasing, ya que el dador (acreedor) es el titular



del bien y ningún beneficio de inembargabilidad puede articularse en contra de la ejecución.

x) otro beneficio del sale and lease back está constituido por el régimen de privilegios, ya que el secuestro del bien (que no necesariamente importa su venta) dado en leasing no necesariamente impone respetar los privilegios establecidos por las normas pertinentes (civiles, concursales, prendaria, etc.), pues lo único que se procura con el procedimiento previsto en el art. 20, ley 25.248, es el secuestro de los bienes, ya que el cobro mediante proceso ejecutivo no puede procurar la ejecución de un bien que es de propiedad del dador.

Los gastos de justicia y conservación estarán a cargo del demandado (tomador), aun cuando el acreedor (dador) hubiera adelantado dichos fondos para iniciar las acciones. Los créditos fiscales sobre el bien no deberán ser cancelados al momento del secuestro, aun cuando el dador podrá erogarlos cuando considere conveniente.

En fin, dado que el secuestro del bien dado en leasing sólo procura la restitución de su tenencia, no será necesario arbitrar una planilla a los fines de establecer el orden de prelación de los créditos, ya que la ejecución del leasing no implica la apretura de un concurso especial con los bienes que comprende (arg. art. 34, LPR).

xi) El art. 36, LPR, señala que es nula toda convención establecida en el contrato prendario que permita al acreedor apropiarse de la cosa prendada fuera del remate judicial o que importe la renuncia del deudor a los trámites de la ejecución en caso de falta de pago, salvo lo dispuesto por el art. 39. En el lease back, al no haberse operado el cambio de titularidad, el acreedor (dador) lo único que hace es retomar la tenencia del bien. Además, la propia ley de leasing ha convalidado legalmente el lease back.

### XI. 3. Ejecución extrajudicial de la hipoteca

Baste comparar sólo los arts. 52 y ss., ley 24.441, con el art. 20, ley 25.248, para advertir que el régimen del leasing es claramente más beneficioso para el acreedor (dador) que el régimen de ejecución extrajudicial de la hipoteca. Con fines didácticos y con fines de simplificando el trámite baste señalar que la ejecución extrajudicial exige puntualmente:

i) se debe haber convenido expresamente someterse a las disposiciones de la ley 24.441;

ii) en caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince días, advirtiéndolo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado;

iii) vencido el plazo de la intimación sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo;

iv) el juez dará traslado de la presentación por cinco días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64, ley 24.441. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el artículo 64, ley 24.441;

v) no verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el artículo 63, ley 24.441. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Todo este procedimiento tramitará in audita parte, y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma;

vi) el acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado del dominio y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios;

vii) asimismo el acreedor podrá: a) solicitar directamente en el registro correspondiente la expedición de un segundo testimonio del título de propiedad del inmueble, con la sola acreditación de ese carácter y a costa del ejecutado; b) requerir la liquidación de las deudas que existan en concepto de expensas de la propiedad horizontal, impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble, bajo apercibimiento que de no contarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez días hábiles desde la recepción de su solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas. Los reclamos que se dedujeran por aplicación de lo dispuesto anteriormente no afectarán el trámite de remate del bien gravado.

viii) verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza. Se deberán publicar avisos durante tres días en el diario oficial y en dos diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos días a la fecha fijada para el remate. En el remate estará presente el escribano quien levantará acta;

ix) la base de la subasta será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta y los avisos deberán -como mínimo- informar sobre la superficie cubierta, ubicación del inmueble, horario de visitas, estado de la deuda por tasas, impuestos, contribuciones y expensas, día, hora y lugar preciso de realización de la subasta;

x) el deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada deberán ser notificados de la fecha de la subasta por medio fehaciente con siete días hábiles de anticipación, excluido el día de la subasta;

xi) realizada la subasta, el acreedor practicará liquidación de lo adeudado según el respectivo contrato y las pautas anteriormente dispuestas, más los gastos

correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento del crédito. Procederá a depositar el remanente del precio a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada dentro de los cinco días siguientes. El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la acreedora por el término de cinco días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. De no mediar embargos, inhibiciones u otros créditos, y existiendo conformidad entre deudor y acreedor con respecto al remanente, éste podrá entregar directamente a aquél dicho remanente;

xii) si fracasare el remate por falta de postores, se dispondrá otro reduciendo la base en un veinticinco por ciento. Si tampoco existieren postores se ordenará la venta sin limitación de precio y al mejor postor. No se procederá al cobro de suma alguna en concepto de honorarios por los remates fracasados. Si resultare adquirente el acreedor hipotecario procederá a compensar su crédito.

Como se puede ver, la ejecución del leasing inmobiliario, además de ser extrajudicial, tiene ciertas ventajas que redundarán en la rapidez y eficacia en la recuperación (y venta) del inmueble que constituye la garantía del crédito en cuestión. Ello, sencillamente, por una sola razón fundamental: el bien dado en leasing se mantiene en propiedad del dador, el que sólo recupera su tenencia.

## XII. El fideicomiso y el "lease-back"

Se ha planteado el interrogante de si el fiduciario puede otorgar un lease back sobre los bienes que constituyen el fideicomiso. Una respuesta adecuada a esta cuestión debe tener presente el art. 17, ley 24.441, que señala expresamente que el fiduciario podrá disponer o gravar los bienes fideicomitados cuando lo requieran los fines del fideicomiso, sin que para ello sea necesario el consentimiento del fiduciante o del beneficiario, a menos que se hubiere pactado lo contrario (56).

Es claro que el contrato de leasing no es un acto de disposición en sentido propio, pues no se transfiere el dominio del bien sino la tenencia (y su posibilidad de usar del bien). Pero tampoco es un mero acto de administración, pues el leasing lleva implícita la posibilidad de ejercer la opción de compra. Esta sola opción puede transformar el acto de administración en disposición, pues quien celebra un leasing debe estar autorizado para vender el bien. Ello es importante no sólo en este terreno, sino también en todos los actos de gestión (v.gr., mandato).

Adicionalmente, cabe señalar que el lease back es un acto de garantía que si bien no tiene las características de las garantías reales, responde a muchos de sus parámetros. Sobre todo, teniendo en cuenta que en esta modalidad el titular (deudor) "transfiere" el activo a su acreedor (dador), quien se lo da en leasing. Por ello, y el lease back importa un acto de disposición stricto sensu aun cuando no constituye un "gravar" el bien de leasing, cabe señalar que si las partes han pactado la necesidad del fiduciante o beneficiario (o ambos) para disponer o gravar los bienes fideicomitados, también lo requerirá para celebrar contrato de leasing.

Si no se hubiere pactado en este sentido, el fiduciario tendrá libertad en este sentido, y podrá celebrar el lease back si los fines del fideicomiso así lo exigen. Además, cabe señalar que los fondos que ingresen con motivo del lease back tendrán el carácter de

fiduciario, atento que ha operado sobre el bien una subrogación en los términos de la ley de fideicomiso.

### XIII. "Lease back" de acciones de la sociedad anónima

¿Es posible el lease back en las acciones de una sociedad anónima? La cuestión no es sencilla, pues existen una serie de valores en juego a determinar en este contrato (entre ellos el social) (57). Debe recordarse que el leasing es un contrato de arrendamiento con opción de compra: primero es locación y luego compraventa (si es que se ejerce la opción).

Por ello, el verdadero quid de la cuestión consiste en analizar si las acciones pueden ser dadas en locación. Es claro que la venta de voto ha sido mirada con claro desfavor por la doctrina y jurisprudencia desde antaño; puede interpretarse, entonces, que el "alquiler" del voto, en esencia, es una venta, ya que el voto sólo puede ejercerse en una determinada asamblea y para una determinada decisión. Luego, si "alquilo" la posibilidad de votar, en realidad estoy vendiendo el voto en una asamblea determinada.

De otro lado, no se comprende cómo una acción puede ser dada en "usufructo" (art. 218, LSC) (58) que incluye su uso y goce (59) (y que puede ser gratuito u oneroso -arts. 2813 y 2814, Cód. Civ.) y no puede ser dada en locación. El usufructo es un derecho real (art. 2807, Cód. Civ.); la locación es sólo personal (y por ello no necesariamente oponible a los restantes socios). Pero la cuestión de la oponibilidad es sólo un aspecto (menor y si se quiere consecuencial) de la cuestión, pues eventualmente la locación puede complementarse con un contrato de mandato o con otra alternativa que garantice el respecto del negocio ideado.

Paralelamente, ciertas locaciones incluyen también la posibilidad de percibir sus frutos (v.gr., desde alquiler de un local que puede ser sub-locado hasta la locación de un fondo de comercio). A fortiori, podrá pactarse expresamente la forma de percibir los dividendos societarios, los que podrán ser percibidos en su totalidad por el locatario durante el tiempo que dure la locación.

Por ello, para determinarse si es posible la celebración de un lease back sobre acciones de una sociedad anónima deberá resolverse la posibilidad de su locación. Si la locación se entendiera como un negocio posible y lícito (lo que pareciera lógico), ningún inconveniente existe en que se constituya esta modalidad de leasing. Aun más: esta modalidad puede significar un gran vehículo a los fines de garantizar alguna acreencia con las participaciones societarias, pero -paralelamente- no perder el control de la sociedad.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) HIGHTON, Elena I., "Panorama del régimen de las garantías en el derecho estadounidense", RDPC, N° 2 (garantías), 1993, p. 189 con cita de BOSHKOFF, Douglas y BEPKO, Gerald, "Sum and substance Of. Secured transactions", 2ª ed., Herbert Legal Series, USA, 1988; EPSTEIN, David G., "Debtor-creditor law in nutshell", 4ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1991, p. 5; HILL JR., Myron G., ROSSEN, Howard M. y SOGG, Wilton S., "Real and personal property. Conveyancing and future interest (Smith's Review Legal Gem Series)", 3ª ed., West

Publising Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1978, p. 1; BERNHARDT, Roger, "Property (Black Letter Series)", 1ª ed., West Publising Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1983, 3ª reimp., 1989, p. 1; BOYER, Ralph E., "Survey of the law of property", 3ª ed., West Publising Co., St. Paul, Minnesota, USA, 1981, p. 1.

(2) DROBING, Ulrich, Presente y futuro de las garantías reales y personales, Revista de Derecho Comparado N° 6 (Garantías. Presente y futuro), 2002, p. 8.

(3) La garantía, en un sentido muy amplio, es cualquier medio dirigido a asegurar el crédito, el goce de un derecho, el cumplimiento de una obligación (DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Tecnos, Madrid, 1970, p. 571).

(4) SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, "Presente y futuro de las garantías reales y personales. Derecho de garantía personales y reales: situación actual y perspectivas de futuros", Revista de Derecho Comparado N° 6 (Garantías. Presente y futuro), 2002, p. 59.

(5) Justamente uno de los principales elementos para la ponderación del riesgo crediticio es el colateral (junto con el carácter, capacidad, capital y condiciones), que involucra el estudio del patrimonio del cliente (como garantía común de sus acreedores) y las garantías colaterales que ofrece (VILLEGAS, Carlos Gilberto, "Las garantías del crédito", 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 16).

(6) HIGHTON, Elena I., "Introducción al estudio de las garantías en los contratos de empresa", JA, 1988-III-754; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Concurso preventivo del garante", Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 76.

(7) AMOROS GUARDIOLA, M., "La garantía patrimonial y sus formas", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1972, t. I, p. 285.

(8) HIGHTON, Elena I., "La especialidad en cuanto al crédito", Buenos Aires, Ariel, 1981, p. 114; RIVERA, Julio César, "Hipoteca: conveniencia de admitir las hipotecas abiertas", RDPC, N° 2 (garantías), 1993, p. 175; BORETTO, Mauricio, "Hipotecas abiertas", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 76.

(9) MUGUILLO, Roberto, "Prenda con registro", 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 56.

(10) BUSSANI, Mauro, "El presente y futuro de las garantías reales", Revista de Derecho Comparado N° 6 (Garantías. Presente y futuro), 2002, p. 93.

(11) ESCANDI, Luis María y ESPARZA, Gustavo Américo, "Operaciones bancarias y financieras, de crédito y de garantía", en: "Manual de Operaciones Bancarios y Financieras", (Muguillo, Roberto A., dir.), Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 39.

(12) Pues a veces, ciertas garantías (sobre todo en materia de derechos del consumidor) han resultado excesivas. Ver: LAGUINGE, Esteban, "Los contratos de créditos ante la ley de defensa del consumidor", Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 184.

(13) También llamadas "suretyship on first demanda" que fue ideada para no utilizar fondos en efectivo, lo cual resulta caro, se inventó una forma de fianza que asegurara la misma rapidez y seguridad que el depósito en efectivo (DROBING, "Presente y futuro de las garantías reales y personales" cit., p. 15).

(14) ALEGRÍA, Héctor, "Las garantías abstractas o a primera demanda en el derecho moderno y en el Proyecto de Unificación argentino", RDCO, 1987, N° 119, p. 686; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., "Las garantías a primera demanda", RDPC, N° 2 (garantías), 1993, p. 93.

(15) BONFANTI, Mario A., "Contratos bancarios", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 348, aunque ello no es así necesariamente ya que lo que las diferencia es la accesoriedad o no con el crédito principal.

(16) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "El fideicomiso en la dinámica mercantil", Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 236.

(17) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Reflexiones sobre el factoring como contrato de garantía", RDPC N° 2 (garantías), 1993, p. 231; LEYVA SAAVEDRA, José, "Factoring", en: "Tratado de Derecho Privado", vol. III, Lima, 2001; LEYVA SAAVEDRA, José, "Naturaleza jurídica del factoring (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo español del de febrero de 2001", Diálogo con la jurisprudencia, Lima, 2001, N° 35, p. 34; RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, "Contratos bancarios. Su significación en América Latina", 3ª ed., Felatán, Bogotá, 1985, p. 519; ETCHEVERRY, Raúl A., "Derecho Comercial y Económico", Astrea, Buenos Aires, 1991, t. 1 (Contratos. Parte especial), p. 175; ARGERI, Saúl, "Contrato de factoring", LA LEY, 1978-D, 1253.

(18) ALEGRÍA, Héctor, "Las garantías 'autoliquidables'", RDPC, N° 2 (garantías), 1993, p. 149.

(19) El "escrow" es un servicio que brinda una compañía autorizada para manejar dinero de terceras personas en custodia, de forma imparcial e independiente. Beneficia a compradores y vendedores, porque facilita la transferencia de bienes en condiciones seguras. El "escrow" es un proceso controlado y eficiente que permite realizar una transacción de manera fácil y rápida y que evita casi absolutamente el fraude (RODRÍGUEZ ACQUARON, Pilar M., "La compraventa de acciones y sus garantías", Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 109).

(20) VILLEGAS, Carlos, "El crédito bancario", Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 75.

(21) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "El contrato de 'layaway' (un ornitorrinco jurídico)", LA LEY, diciembre 27 de 2004, p. 1.

(A) (\*) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 2000-B, p. 1925.

(22) JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Ley de concursos y quiebras comentada", Lexis-Nexis Depalma, 2003, t. II, p. 456.

(AA) (\*\*) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 1995, p. 751.

(23) BARBIER, Eduardo Antonio, "Contratación bancaria", vol. 2 (Empresas), Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 294.

(24) FARGOSI, Horacio, "Esquicio sobre el 'lease back'", ED, 144, p. 953.

(25) PURCARO, Darío, "La 'locazione' financiera. Leasing", Cedma, Padova, 1998, p. 283 cit. por PAOLANTONIO, Martín E., "Régimen legal del leasing. Ley 25.248", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 21.

(26) FARGOSI, "Esquicio sobre el 'lease back'" cit., p. 953.

(27) PAOLANTONIO, "Régimen legal del leasing" cit., p. 21.

(28) BRECCIA, U., "Le nozioni di tipico e atípico: spunti critici e ricostruttivi", en: "Tipicità e atipicità nei contratti", Quad. Giur. Comm., N° 53, Giuffrè, Milano, 1983 cit. por LORENZETTI, "Reflexiones sobre el factoring como contrato de garantía" cit., p. 244.

(29) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Las ventajas del contrato de leasing mobiliario operativo, Factor (Comercio y Justicia)", Año I, N° 26- II, 20 al 24 de Septiembre de 2004, p. 13.

(30) BETTI, Emilio, "Teoría de las obligaciones" (trad. José Luis de los Mozos), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, t. I, p. 256; WAYAR, Ernesto C., "Derecho Civil. Obligaciones", Depalma, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 66..

(31) ACQUARONE, María T. y EMBON, Leonardo G., "El leasing. Su instrumentación y encuadre en la actual financiación empresarial", 2ª ed., Abaco, 2004, p. 186.

(32) Algunas reflexiones pueden consultarse en la monografía de BUERES, Alberto J., "Objeto del negocio jurídico", Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 13 y ss..

(33) FRESNEDA SAIEG, Mónica L., FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A., "Leasing. Ley 25.248 comentada y reglamentación aprobada por dec. 1038/2000", Lexis-Nexis Depalma, 2002, p. 47.

(34) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales", 4ª ed. actualizada por Manuel J. Argañarás, t. IV, p. 391; FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., "Tratado teórico-práctico de derecho comercial", Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II-C, p. 100; SEGOVIA, Lisandro J., "Explicación y crítica del Código Civil argentino", Buenos Aires, 1.881, t. II, p. 375; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Derechos reales", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 393.

(35) ABATTI, Enrique Luis e ROCCA (h.), Ival, "Régimen de leasing. Ley 25.248", Astrea, 2001, p. 35.

- (36) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos simulados y fraudulentos", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. II, p. 434; DURIGÓN, Claudia Cecilia, "Acción de simulación", 3ª ed., Juris, Rosario, 2000, p. 211.
- (37) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Reflexiones en torno al leasing (Una visión desde lo concursal)", La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras, 2004/12/15, p. 15.
- (38) Suprema Corte de Italia, sentencia 10.805 del 16/10/95 cit. por FRESNEDA SAIEG, FRUSTAGLI y HERNÁNDEZ, "Leasing" cit., p. 51.
- (39) HIGHTON, Elena I., "El leasing en el common law y traslación de la noción al Derecho Argentino", RDPC N° 3, 1993, p. p. 271.
- (40) FRESNEDA SAIEG, FRUSTAGLI y HERNÁNDEZ, "Leasing" cit., p. 47.
- (41) Ver los fallos en LEYVA SAAVEDRA, José, "Tratado de derecho privado", vol. II (Contratos de financiamiento), Unilaw, Lima, 2004, p. 163.
- (42) LEYVA SAAVEDRA, José, "El 'lease back', una moderna técnica financiera", Gaceta Jurídica, Lima, 1999, t. 68-B, p. 38.
- (43) LEYVA SAAVEDRA, "Contratos de financiamiento" cit., p. 165.
- (44) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Conexidad contractual: su aplicación en el ámbito societario", LA LEY, 2001-E, 1182.
- (45) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos conexos. Grupos y redes de contratos", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 9.
- (46) TOBÍAS, José W., "Los contratos conexos y el crédito al consumo", LA LEY, 1999-D, 992.
- (47) TOBÍAS, José W. y DE LORENZO, Miguel Federico, Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial), LA LEY, 1996-D, 1387.
- (48) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Contratos modernos. ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad", LA LEY, 1996-F, 851.
- (49) TOBÍAS y DE LORENZO, "Complejo de negocios unidos por un nexo" cit., p. 1390.
- (50) MOSSET ITURRASPE, "Contratos conexos" cit., p. 13.
- (51) TOBÍAS, "Los contratos conexos y el crédito al consumo" cit., p. 1022.
- (52) TOBÍAS y DE LORENZO, "Complejo de negocios unidos por un nexo" cit., p. 1387.



- (53) MOSSET ITURRASPE, "Contratos conexos" cit., p. 2.
- (54) MUGUILLO, Roberto A., "Prenda con registro", Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 264; ALVO, Sebastián E., "Prenda con registro. Estudio jurídico analítico y comparado", Depalma, Buenos Aires, 1966, t. II, p. 666.
- (55) MOLINA SANDOVAL, "Reflexiones en torno al leasing" cit., p. 23.
- (56) MOLINA SANDOVAL, "El fideicomiso en la dinámica mercantil" cit., p. 208.
- (57) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "El difícil contorno del interés social", ED, ejemplar del 23/10/2001, p. 1.
- (58) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Régimen societario. Parte general", Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 467.
- (59) En el régimen del Cód. Com. la situación no había sido prevista (RICHARD, Efraín Hugo, "Derechos patrimoniales de los accionistas (La acción en la teoría de los títulos valores)", Lerner, Córdoba, 1970, p. 250; AZTIRIA, Enrique, "Usufructo de acciones de sociedades anónimas", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 75). En el derecho comparado el tema fue ampliamente debatido (PEDROL, Antonio, "La Anónima Actual y la sindicación de acciones", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 375).